موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه

المواد ٢٦٥ - ٣٨٨

المجلد الخامس



٩ ش سامى البارودى - باب الخلق - القاهرة
ت: ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

{ أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه }

المجلد الخامس

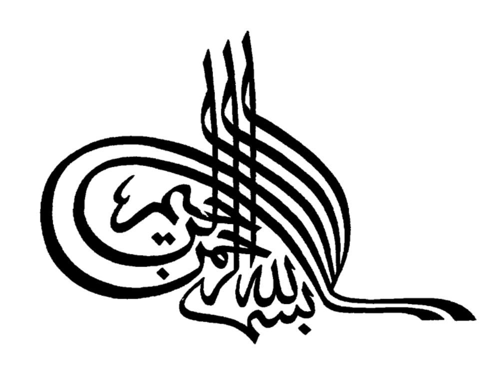
(المواد ٢٦٥ - ٣٨٨)



٩ش سامى البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت : ٠٠٢٠٢٣٩٦٠٤٤٣ - ٠٠٢٠٢٣٩٣٨٦١٨ - ٠٠٢٠

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
الترقيم الدولى
٢٠٠٦/١٦٧١٣
977 - 400 - 027 - 7

شركة ناس للطباعة



فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا

مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ

صدق الله العظيم

كلمة الناشـــر

بسم الله الرحمن الرحيم

" فأما الزبد فيذهب جفاءاً وأما ما ينفعُ الناس فيمكث في الأرض "

صدق الله العظيم .

الى كل الناطقين بكلمة الحق والعدل ..

الى كل الباحثين عن كل ما هو جديد فى القانون ..

تتشرف دار محمود للنشر والتوزيع بأن تقدم موسوعة الشرح والتعليق على نصوص القانون المدني للمستشـار / **محمد عزمي البكرى** في عشرين مجلدا فاخرا

وهى تشتمل على جميع مواد القانون المدني أى من المـادة الأولى حتـى المادة ١١٤٩ وتناولت هذه المواد بالشرح التفصيلى والتعليق عليها بأحـدث أحكـام محكمة النقض المصرية والأراء الفقهية الحديثة والقديمة حتى يتسنى لرجال القضاء و المحامين الاطلاع على جهد وبحث وخبرة سنين متواصلة مـن العمل المضنى بلغ ثمانية اعوام من الصبر والمثابرة لرصد لكل مـا يمكـن إن يكتب وقد أفرزت الموسوعة ما يقرب من ثمانية عشر الف صفحة (ألـف ومائة ملزمة) وبذلك تكون هذة الموسوعة قد قدمت إضافة كبيرة وجديـدة للعلم القانونى فى مصر والدول العربية

الناشر

محمود ربيع خاطر

الباب الثالث
الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام
الفصـــل الأول
(الشرط والأجل)
١ـ الشـــرط
مــادة (٢٦٥)

يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

الشـــرح

١ـ المقصود بالشرط :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق على وقوعـه وجود الالتزام ، وهذا هو الشرط الواقف ، أو زواله ، وهـذا هـو الشرط الفاسخ[1] .

٢ـ نوعا الشرط :

الشرط نوعان : واقف وفاسخ .

---

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٧ ص ٣٣٥ – الدكتور محمود جمال الدين زكى نظرية الالتزام فى القانون المـدنى المصـرى الجزء الثانى فى أحكام الالتزام طبعة ١٩٦٧ ص ١٠٧ ومابعدها .

فالشرط الواقف هو الذى يتعلق على تحققه وجـود الالتـزام أو إنتاج الإرادة أثرها .

ومثل ذلك أن يلتزم شخص بهبة آخر مالا معينا إذا تـزوج أو ولد له ولد ، أو إذا نجح فى الامتحان بدرجة ممتاز . وعندئذ لا يكون الواهب ملتزما بهبة إلا إذا تم الزواج أو ولـد الولـد أو إذا نجـح الشخص الآخر فى الامتحان بدرجة ممتاز . فمعنى تحقق الشـرط وجود الالتزام وتخلفه معناه امتناع وجود الالتزام .

أما الشرط الفاسخ ، فهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام، فالالتزام هنا يكون متفقا عليه من أول الأمر ، والشرط يكون أمـرا عارضا أى أمرا خارجيا تضيفه الإرادة إلى التزام اسـتكمل كـل العناصر التى يشترطها القانون .

ومثل ذلك أن يهب شخص آخر دارا معينة على أن تنفسخ الهبة إذ رزق الواهب ولدا فتنتقل الملكية إلى الموهوب له بهـذا العقـد بمجرد انعقاده وتسجيله ويكون إنجاب الواهب الولد شرطا يتوقـف على تحققه زوال ما ترتب على الهبة من آثار ، فتعود ملكية الـدار إلى الواهب وتعتبر كأنها لم تنتقل من الواهب إلى الموهوب له [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- ويتضمن تعريف الشرط ، وفقا لنص المشروع ، عناصـر التفرقة بين الشرط الموقف أو الواقف ، وهو ما يعلق عليه وجـود

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٣٦ .

الالتزام " سببا وبين الشرط الفاسخ ، وهو ما يترتب على تحققه زوال الالتزام ، وإزاء هذا رؤى العدول عن إفراد نص خاص لهذه التفرقة ، بعد أن صورت ضمن التعريف تصويرا يغنى عن البيان".

٣- " ويراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته ، دون العقد، أو التصرف القانونى بوجه عام . فالواقع أن كل تعبير عن الإرادة يتضمن صورة من صور التعليق ينشئ التزاما شرطيا ، ولهذا كان نهج المذهب اللاتينى أدنى إلى التوفيق فى هذا الصدد، من منحى المذهب الجرمانى .

ذلك أن الأول يفرد لأحكام الشرط مكانا فى نطاق النظرية العامة للالتزام ، فى حين أن الثانى يلحق هذه الأحكام بنظرية التصرف القانونى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٧٨) [١].

وتقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا على شرط من مسائل الواقع التى تخضع لسلطة محكمة الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن:

" المقرر فى قضاء محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الالتزام منجزا أو معلقا على شرط من مسائل الواقع التي تخضع لسلطة محكمة الموضوع ، كما أن لها سلطة البحث فى حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله بما تضمنته عباراته على ضوء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧

الظروف التى أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات وذلك دون معقب ، متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها مأخذها الصحيح وكافيا لحمل قضائه " .

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨) [١]

كما قضت بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه وبصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه " لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة " بأنه معلق على شرط احتمالى . ذلك لأن الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان ، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل " . فإن تكييف الحكم لالتزام البائع.بأنه معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح ".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧)

وقد قضت محكمة النقض – بصدد الشرط الواقف – بأن :

" متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالى . ذلك لأن

---

(١) منشور بمؤلف المستشار أنور العمروسى الشرط والأجل فى القانون المدنى دار محمود للنشر والتوزيع ص ١٠٧ .

الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان ، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل " . فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧)

٣- الفرق بين الشرط كوصف للالتزام وما قد يشتبه به :

(أ) الشرط القانونى :

يختلف الشرط بالمعنى السابق ، عما إذا كان القانون هو الذى فرض الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام ، فإن هذا الشرط يصبح عنصرا من عناصر الحق ذاته ، فلا ينشأ إلا بتحقق شرطه . ومثال ذلك أن الرسمية شرط قانونى لوجود الهبة ، لأنها عنصر من عناصر وجودها . فلا يقال مثلا إن الهبة تكون معلقة على شرط هو تمامها فى شكل رسمى، فالرسمية ركن فى العقد وليس أمرا عارضا فيه .

ومثال ذلك أيضا تعليق حق الأجنبى فى تملك عقار فى مصر على موافقة رئيس مجلس الوزراء ، فإن هذه الموافقة وهى شرط لتملك الأجنبى ، تكون عنصرا من عناصر الحق .

ولهذه التفرقة بين الشرط الواقف وبين الشروط القانونية التـي يتطلبها القانون لنشوء الالتزام ، أهمية عملية . فللشرط كوصف في الالتزام أثر رجعي فإذا تحقق استند أثره إلى وقت انعقاد التصرف . أما الشروط القانونية فالأصل أن ليس لها أثر رجعي ، فلا تترتـب آثارها إلا من وقت استكمالها ولذلك فإن التسجيل في العقارات ليس له أثر رجعي ، فلا تنتقل الملكية إلا من وقت تمامه[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتـزام إلـى أن تتحقق الواقعة فيكون الالتزام في فترة التعليق موجـودا ، غيـر أن وجوده ليس مؤكدا ، وأحكام هذا الشرط الواقف إنما تقتصر علـى الشرط الذي ينشأ عن إرادة الملتزم ، أما إذا كان القانون هو الـذي فرض الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فذلك لا يعتبر شـرطا بمعناه الصحيح ، إذ الشرط أمر عارض لا يلحق الحـق إلا بعـد تكامل عناصره فيضاف إليه ويمكن تصور الحق بدونـه ، وذلـك بعكس الشرط الذي يكون القانون مصدره ، لأنه في هذه الحالة يعد عنصرا من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبل ذلك

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم في النظرية العامة للالتزام الجزء الثاني أحكـام الالتزام والإثبات طبعة ١٩٦٧ ص ٢٨٧ .

فلا يثبت لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر ، لما كان ذلك وكانت موافقة مجلس الوزراء أمر اشترطه القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ لإمكان تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء فإن هذه الموافقة تعد من عناصر الحق ذاته لا يتصور قيامه بدونها . وبالتالى فإنه لا على الحكم المطعون فيه إن هو لم يستجب لطلب الطاعن وقف الدعوى أو تأجيلها لحين حصوله على موافقة مجلس الوزراء وتقديمها " .

(طعن رقم ٢٠٧٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤)

٢- " إذا كان القانون هو الذى قرر الشرط وعلق عليه حكما من الأحكام فإنه يعد عنصرا من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه ومن ثم لا يوجد الحكم المشروط ولايثبت إلا عند تحقق شرطه أما قبله فلا لأن الأصل أن الأثر لايسبق المؤثر " .

(طعن رقم ١١٣ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/٥/٢٩)

(ب) الشروط أو البنود التى يتفق عليها المتعاقدان فى تنظيم علاقتهما التعاقدية :

يختلف الشرط كوصف عن الشروط أو البنود التى يتفق عليها المتعاقدان فى تنظيم علاقتهما التعاقدية . كأن يشترطا دفع الثمن فى زمان معين أو فى مكان معين ، أو اشتراطهما بندا جزائيا ، أو منع التصرف فى الشئ مدة معينة . وهكذا ، فهذه الاشتراطات هى بنود

وليست أوصافا للالتزام . وتسمى فى اصطلاح فقهاء الشريعة بشروط التقييد ، تمييزا لها عن شرط التعليق وهو الشرط المعتبر وصفا فى الالتزام [١].

(ج) الالتزام الذى يلزم به الدائن فى مقابل حقه فى العقد الملزم للجانبين :

تجب التفرقة بين الشرط الفاسخ ، كوصف فى الالتزام يجعل حق الدائن مهددا بالزوال، وبين الالتزام الذى يلزم به الدائن فى مقابل حقه فى العقد الملزم للجانبين والذى يترتب على عدم تنفيذه جواز فسخ العقد وبالتالى زوال حق الدائن .

فتعليق الالتزام على شرط فاسخ لا يعنى فرض التزام على الدائن بمنع تحقق الشرط. فإذا علق التزام الواهب على شرط فاسخ هو زواج الموهوب له من سيدة معينة مثلا فليس معنى هذا أن الموهوب له قد التزم بعدم الزواج . فليس للواهب فى هذه الحالة أن يطالب الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام المزعوم ، وبالتالى فليس له الحق فى التعويض إذا تم هذا الزواج . بل يقتصر أثر الشرط فى هذه الحالة على فسخ الهبة فيسترد الواهب ما وهب . ويتم الفسخ بمجرد تحقق الشرط دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء .

---

(١) الدكتور عبد المنعم البدراوى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى الجزء الثانى أحكام الالتزام مكتبة سيد عبد الله وهبه ص ٢٣٠ ومابعدها .

أما عدم تنفيذ الالتزام المقابل في العقد الملزم للجانبين فلا يترتب عليه الفسخ حتما ، بل يكون للطرف الآخر أن يطالب بالتنفيذ بدلا من الفسخ ، وإذا اختار الفسخ فلا بد من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم به . إلا إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم (م١٥٨ مدنى) . وما يعبر عنه بلفظ الشرط الفاسخ الصريح بمقابلته الشرط الفاسخ الضمنى .

وهذا هو الفرق الجوهرى بين الشرط الفاسخ كوصف فى الالتزام ، وبين التكليف أو العوض فى الهبة وفيه تنصرف إرادة الواهب إلى إنشاء التزام على عاتق الموهوب له بحيث يكون له أن يطالبه بتنفيذه [١].

(د) الأحوال التى يرتب فيها القانون على تحقق أمر معين زوال التصرف :

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٥٢٨ مدنى من انتهاء الشركة بالحجر على أحد الشركاء أو بإعساره أو بإفلاسه ، وليس معنى هذا أن الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة معلقة على شرط فاسخ ، فالشرط الفاسخ ، بالمعنى الدقيق ، مصدره الإرادة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨٧ ومابعدها .

الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع :

ذكرنا سلفا أن الشرط كوصف للالتزام هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

٤ـ أولاً : الشرط أمر مستقبل :

يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا. وبغير هذه الصفة لا يمكن أن تثبت له خصيصة الاحتمال أو عدم تحقق الوقوع . فالأمر الحاضر لايمكن أن يعتبر شرطا ، ولو كان الطرفان يجهلان تحققه أو عدم تحققه .

وعلى ذلك إذا وعد والد ولده بجائزة إذا نجح فى الامتحان ، لايعتبر النجاح شرطا إذا كانت نتيجة الامتحان قد ظهرت وقت الوعد ، ولو كان الأب وولده لا يعلمان بظهورها فإذا كان الولد ناجحا وقت الوعد يعتبر التزام والده – فى الحقيقة – منجزا ، أما إذا كان راسبا فى ذلك الوقت ، فالتزام الأب لم يوجد منذ البداية أصلا [١].

---

(١) الدكتور اسماعيل غانم ص ٢٨٨ ومابعدها – الدكتور محمود جمال الدين زكى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى الجزء الثانى فى أحكام الالتزام طبعة ١٩٦٧ ص ١٠٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك (أنظر المادة ١١٨١ من التقنين الفرنسى ، والمادة ٨١ من التقنين اللبنانى) [١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" إذا كان المقرر – وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدنى – أنه إذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك ، فإن تعليق التزام المطعون ضده (البائع) بنقل ملكية الشقة المبيعة إلى(المشترى) الطاعن على تكون اتحاد ملاك إزاء ما هو ثابت فى الأوراق – ولا يمارى فيه المطعون ضده من أن شقق العقار المشتمل على الشقة موضوع النزاع تزيد على خمس ، وعدد مشتريها يجاوز خمسة أشخاص – لا يغير من كونه التزاما منجزا صالحا للمطالبة بتنفيذه " .

(طعن رقم ٥٤١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

٥ـ ثانيا : الشرط أمر غير محقق الوقوع :

يجب أن يكون الشرط أمرا غير محقق الوقوع . فإذا كان الأمر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧ .

محقق الوقوع ، كان أجلا ، لا شرطا حتى ولو كان وقت وقوعه غير معروف .

وقد تجنب المشرع ما وقع فيه واضع التقنين المدنى القديم من خطأ مادى فى المادة (١٠٥/ ١٥٧) ، فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع " بأو " بل جمع بين الوصفين للإفصاح عن وجوب تلازمهما .

ولذلك يعتبر التزام الموصى مضافا إلى أجل واقف ، وليس التزاما معلقا على شرط واقف . وإذا اتفق فى عقد البيع ، على أن يكون الثمن إيرادا مرتبا مدى حياة البائع ، كان التزام المشترى مضافا إلى أجل فاسخ وليس معلقا على شرط فاسخ .

ولا يكون الأمر شرطا إذا كان مستحيل الوقوع ، كأن يعد شخص بجائزة لمن يعبر المحيط سباحة أو لمن يطير فى الهواء بغير طائرة . وهذه استحالة مادية، إنما قد تكون الاستحالة قانونية، وذلك إذا عاق تحقق الشرط مانع قانونى ، كأن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالا معينا إذا حصل على تنازل شخص ثالث عن نصيبه فى تركة إنسان على قيد الحياة .

أما إذا كان الأمر المستقبل محقق الوقوع كان الالتزام مضافا إلى أجل وليس معلقا على شرط . على أنه إذا كان الأمر المستقبل المحقق الوقوع مما لا يعرف وقت وقوعه ، كالموت فإنه يكون

شرطا إذا اشترط وقوعه فى خلال مدة معينة . فمن يتعهد بهبة آخر مالا معينا إذا توفى والده قبل بلوغه سن الرشد ، يلتزم بالتزام معلق على شرط ، لأنه ليس من المحقق أن تتم الوفاة على الوجه المشروط[1] .

ومادام الشرط ، بالضرورة غير محقق الوقوع ، فإنه كثيرا ما يرجع تحققه أو عدم تحققه للمصادفة وحدها ، دون أن يكون لإرادة العاقدين ، أو أحدهما دخل فيه ، حيث يسمى بالشرط الاحتمالى . فالتزام المؤمن فى التأمين من الإصابة فى أثناء السفر بالطائرة وفى التأمين على البضائع من أخطار البحر ، معلق على شرط مستقل عن إرادة طرفى عقد التأمين . وقد يتعلق الشرط بإرادة أحد الطرفين وعامل خارجى سواء أكان الصدفة أم إرادة الغير ، كإنتاج الفدان لقدر معين ، أو الزواج من شخص معين . والشرط فى هاتين الحالتين أمر غير محقق الوقوع ولايثور أدنى شك فى صحته[2].

وقد يتعلق الشرط بإرادة العاقدين، حين يسمى بالشرط الإرادى، وهو ما سنعرض له فى شرح المادة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨٩ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٠٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- الشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع (ويراعى أن المشرع تجنب ما وقع فيه واضع التقنين الحالى من خطأ مادى فى المادة ١٠٥/١٥٧ ، فلم يعطف الاستقبال على عدم تحقق الوقوع "بأو" بل جمع بين الوصفين للإفصاح عن وجوب تلازمهما) . فإذا علق الالتزام على أمر تم وقوعه من قبل ، ترتب الالتزام منجزا لا معلقا ، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك (أنظر المادة ١١٨١ من التقنين الفرنسى) (المادة ٨١ من التقنين اللبنانى) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه وهو بصدد تكييف العقد موضوع الدعوى قرر أنه " لا يمكن وصف العقد المبرم بين الطرفين (ببيع أطيان موقوفة) بأنه معلق على شرط احتمالى . ذلك لأن الشرط الاحتمالى هو الذى يتوقف حصوله على المصادفات المحضة دون أن يتعلق بإرادة إنسان ، والصحيح أن الالتزامات الناشئة عن العقد المذكور قد علقت على شرط موقف هو شرط موافقة هيئة التصرفات بالمحكمة الشرعية على البدل " فإن تكييف الحكم لالتزام البائع بأنه التزام معلق على شرط واقف إنما هو تكييف صحيح ".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧)

٦- الشرط الصريح والشرط الضمنى :

الشرط كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا ، فالعميل عندما يرسل إلى البنك الذى يتعامل معه أوراقا مالية كالكمبيالة أو الشيك المسحوبة على آخر لإضافة قيمتها إلى حسابه ، فإن هذه الإضافة تكون معلقة على شرط ضمنى هو قبض قيمتها .

واستخلاص الشرط هو مسألة قانون يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض ، أما الوقوف على تحقق الشرط أو تخلفه فتلك مسألة واقع يستقل بها قاضى الموضوع دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض[١] .

٧- استبدال الأموال الموقوفة بيع معلق على شرط واقف :

قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة هى عقد بيع معلق على شرط واقف هو إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أذن القاضى باستبدال الوقف فإن الاستبدال لا يتم ولاينتج أثاره القانونية إلا إذا أوقعت المحكمة المختصة صيغة البدل الشرعية ، ومن ثم فالتعاقد الحاصل بين وزارة الأوقاف وبين من يرسو عليه مزاد العين المراد استبدالها يصير معلقا على شرط

---

(١) المستشار أنور طلبه المطول فى شرح القانون المدنى الجزء الرابع الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص ٦٣٨ .

واقف هو توقيع هذه الصيغة بحيث إذا تخلف هــذا الشــرط بــأن رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل للراسى عليه المزاد فإن التعاقد يصبح كأن لم يكن ولا وجود له منذ البداية ولا يكون للراسى عليــه المزاد إذا رفضت المحكمة توقيع صيغة البدل الشرعية وأوقعتهــا لغيره وانتقلت ملكية العقار إلى هذا الغير أن يرجــع علــى وزارة الأوقاف بضمان الاستحقاق طبقــا لأحكــام البيــع أو أن يطالبهــا بالتعويض على أساس فسخ العقد ذلك أن الرجوع بضمان استحقاق المبيع لا يكون إلا على أساس قيام عقد البيع كما أن الفسخ لا يــرد إلا على عقد كان له وجود ".

(طعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٣/١/١٧)

٢- " قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة - وعلى ما جــرى به قضاء هذه المحكمة - عقد بيع معلق على شرط واقــف ، هــو إجازة الاستبدال من المحكمة الشرعية ، وصدور صــيغته منهــا ، وأنه بتحقق هذا الشرط يكون البيع نافذا من وقت رســو المــزاد ، ومؤدى ذلك أن قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته لا يخرجــان عن كونهما إجازة للعقد بشروطه السابق الاتفاق عليها بين الطرفين على أساس من قائمة مزاد الاستبدال وأن هذه الإجازة تكون بقرار بالموافقة على الاستبدال وصيغته يصدران من المحكمة الشــرعية بعد موافقتها على الشروط التى رسا على أساسها مزاد الاســتبدال

وبالتالى فإن قرار الموافقة على الاستبدال وصيغته يؤكدان شـــروط قائمة مزاد الاستبدال ، مما لا يسوغ معه اطراح أى شــرط منهــا بمقولة أنه لم يرد فى قرار الاستبدال ".

(طعن رقم ٤٥٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/١١)

٨ـ العـدول عن الشـرط :

يجوز العدول عن الشرط . وهذا العدول كما يكون صريحا قـــد يكون ضمنيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن:

" إذا كانت المحكمة قد فهمت الدعوى على أنها مطالبة بمبلـــغ حصل التنازل عنه بمقتضى محضر صلح ، وأن التنازل كان معلقا على شرط دفع أقساط الدين الباقى فـــى الآجـــال المحـــددة ، وأن المدعى عليه قد تأخر عن دفع الأقساط فى مواعيدها ، ثـــم قضـــت بعدم استحقاق المدّعى لهذا المبلغ ، بانية ذلك على أن المدعى عليه قد قام بدفع بعض الأقساط قبل مواعيدها ، وأن المدعى قد قبل منه مبالغ بعد تواريخ الاستحقاق بل قبل تأجيل باقى بعض الأقساط إلى مواعيد الأقساط التى تليها ، مما مفاده عدم استمساكه بالمواعيد وبما رتبه عقد الصلح على عدم مراعاتها ، فهذا الحكم إذ انتهى إلى مـــا قضى به ، بناء على المقدمات التى ذكرها ، لايصح تعييبـــه . وإذا

كانت المحكمة بعد تقريرها ما تقدم من تحلل المدين من الشرط الذى يتمسك به الدائن قد استطردت إلى تكييف هذا الشرط بأنه تهديدى لا يتناسب فيه التعويض مع الضرر المحتمل من التأخير، وأنه حتى لو كان شرطا جزائيا فإنه لم يحصل عدم وفاء كلى بل كان التأخير جزئياً ، فذلك منها لا يتجافى مع موجب الواقعة التى حصلتها ".

(طعن رقم ١٧سنة ١٢ جلسة ١٩٤٢/١١/١٩)

كما قضت بأن :

" متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع أملاك الميرى ، فإن مجادلة الطاعنة فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضى الموضوع ، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمنى ، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع فى تقديرحصول الفسخ من عدمه ، وكان المطعون عليه (المشترى) قد أوفى بالتزاماته قبل الفصل نهائيا فى الدعوى ، فإن النعى على الحكم بالفساد فى الاستدلال ومخالفة القانون والقصور فى التسبيب، يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٥٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٦)

٩- إثبات الشرط :

يخضع إثبات الشرط للقواعد العامة فى الإثبات . ومنها ما ورد فى المادة ٦١ بند (أ) من قانون الإثبات من عدم جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الشرط باعتباره وصفاً يرد على العنصر الأول أى الرابطة القانونية التى تربط المدين بالدائن ، فيعدل من أثرها ، فيجعل نفاذ الالتزام أو زواله معلقا على تحققه فيكون شرطا واقفا فى الأولى وفاسخاً فى الثانية ، ومن ثم فهو تصرف قانونى إما مصدره العقد أو الإرادة المنفردة ، فيخضع فى إثباته إلى القواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية المدنية ومنها ما ورد فى المادة ٦١ بند (أ) من قانون الإثبات من عدم جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة ".

(طعن رقم ١٨٥ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/١٨)

مادة (٢٦٦)

١- لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن ، أو على شرط مخالف للآداب أو النظام العام ، هذا إذا كان الشرط واقفا . أما إذا كان فاسخا فهو نفسه الذى يعتبر غير قائم .

٢- ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذى علق على شرط فاسخ مخالف للآداب أو النظام العام ، إذا كان هذا الشرط هو السبب الدافع للالتزام .

الشرح

١٠- الالتزام المعلق على شرط غير ممكن :

من مستلزمات فكرة التعليق بالشرط أن يكون وقوعه فى حيز الإمكان، وإن كان غير محقق ، وبذلك يكون من أثر التعليق أن يجعل مصير الالتزام مجهولا . فإذا كانت الواقعة المشروطة مستحيلة الوقوع انتفت حقيقة التعليق إذ يكون من المحقق أنها لن تقع .

والاستحالة قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء ، أو قانونية ترجع إلى حكم القانون .

ومثال الاستحالة المادية أن يتعهد شخص لآخر بأن يمنحه جائزة إذا اكتشف دواء يديم الحياة أو لمن يعبر المحيط سباحة أو لمن يطير فى الهواء .

ومثال الاستحالة القانونية أن يتعهد شخص لآخر بأن يهبه مالا معينا إذا حصل له على تنازل شخص ثالث عن نصيبه فى تركة إنسان على قيد الحياة .

فاستحالة الواقعة المشروطة إذن، تتنافى مع حقيقة التعليق ، وذلك سواء كان الشرط واقعا أو فاسخا ، ولكن يختلف تأثير هذه الاستحالة فى الالتزام ذاته باختلاف نوع الشرط .

وواضح أن المقصود بالاستحالة هنا هى الاستحالة المطلقة لا الاستحالة النسبية [١].

فإذا كان الشرط المستحيل واقفا ، وقع الالتزام الذى علق عليه باطلا، لأن وجوده علق على شرط لن يتحقق ، أولاً ينبغى قانونا أن يتحقق ، فلا يكون موجودا . وعلى هذا نصت الفقرة الأولى من المادة صراحة بقولها : " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن ... هذا إذا كان الشرط واقفا ".

أما إذا كان الشرط المستحيل فاسخا ، اقتصر البطلان على هذا الشرط وحده ، وقام الالتزام منذ البداية باتا لا مهددا بالزوال . ذلك أن الالتزام فى هذه الحالة يعتبر قائما ، ونافذا منذ نشوئه . وإذا كان زواله معلقا على شرط ، فإن هذا الشرط لن يتحقق أولا ينبغى قانونا أن يتحقق ، فيعتبر كأن لم يكن ، ويقوم الالتزام غير معلق

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده أحكام الالتزام جـ١ طبعة ١٩٥٥ ص ٦.

على شرط ما . لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة على أن الشرط الفاسخ ، فى هذه الحالة هو " نفسه الذى يعتبر غير قائم " [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أخذ هذا النص عن المادة ١١١ من المشروع الفرنسى الإيطالى، مع تعديل طفيف فى الصياغة ، وهو يتناول بيان حكم التعليق بالشرط المستحيل والشرط غير المشروع . ويراعى أن من مستلزمات التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط " معدوما على خطر الوجود " لايستطاع الجزم بما سيكون من أمره ، فمتى كان الشرط مستحيلا ، وهو ما يمتنع تحققه بحكم الواقع ، أو كان غير مشروع- بسبب مخالفته للقانون أو النظام العام أو الآداب – وهو ما يمتنع تحققه بحكم القانون ، انتفت حقيقة التعليق ، وأدى ذلك إلى التأثير فى حكم الالتزام المعلق ، فإذا كان الشرط موقفا فالالتزام لن يوجد، على وجه الإطلاق ، لامتناع تحقق الأمر الذى علق عليه وجوده ، ويكون الالتزام ، فى هذه الحالة ، معدوما لا باطلا . أما إذا كان الشرط فاسخا فيمتنع زوال الالتزام المعلق به ، لأن الشرط نفسه ممتنع التحقيق ، ولذلك يسقط أثر التعليق ويعتبر الشرط غير قائم "[٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١١١ – عبد المنعم البدراوى ص ٦- أنور العمروس ص ٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩

١١ـ الشرط المخالف للآداب أو النظام العام :

يجب أن يكون الشرط مشروعا . والشرط المشروع هو الذى لا يكون مخالفا للآداب أو النظام العام .

وليس معنى عدم مشروعية الشرط أن تكون الواقعة المشروطة غير مشروعة ، فقد تكون الواقعة المشروطة مخالفة للآداب أو النظام العام ويكون الشرط مع ذلك مشروعا صحيحا . فارتكاب جريمة واقعة غير مشروعة ، ولكن يصح اشتراطها كشرط فاسخ للالتزام فتصح للهبة مع اشتراط الفسخ إن ارتكب الموهوب له جريمة معينة إذ لا يقصد بالشرط فى هذه الحالة تحقيق أمر غير مشروع ، بل المقصود منعه .

وبالعكس ، قد تكون الواقعة لا مخالفة فيها للنظام العام أو الآداب ويعتبر اشتراطها غير مشروع . من ذلك أن يهب شخص لآخر مالا معينا على أن تفسخ الهبة إذا لم يقم الموهوب له بقتل شخص يعينه له الواهب . فعدم القتل أمر مشروع ، ولكن اشتراطه شرطا فاسخا يكون شرطا غير مشروع ، إذ قد قصد به أمر غير مشروع هو حمل الموهوب له على ارتكاب القتل . ويتضح من ذلك أن العبرة فى مشروعية الشرط هى بالغرض المقصود منه لا بالواقعة المشروطة .

ومن أمثلة الشروط المخالفة للنظام العـام ، تعليـق الملتـزم التزامه على ألا يتزوج الدائن إطلاقا ، إذا لم يكن هنـاك غـرض مشروع يرمى إليه المشترط من وراء هذا الشرط ، فإذا رمى مثلا إلى منع زوجته بعد موته من الزواج غيرة منه وأثـرة ، فالشـرط باطل لمخالفته للنظام العام . أما إذا رمى إلى جعل زوجتـه بعـد موته تتفرغ لتربية أولادها منه فلا يشغلها زوج آخـر ، فالشـرط صحيح والالتزام قائم .

كذلك الشرط القاضى بألا يحترف المشترط عليه مهنة معينـة ، ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط ، كأن تكـون المهنة المحرمة مهنة وضـيعة تـزرى بالكرامـة، أو أن يكـون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حمايـة مشـروعه مـن منافسـة المشترط عليه . وكذلك اشتراط الزوجة المسلمة على زوجهـا ألا يطلقها [١].

وإذا كان الشرط غير مشروع على هذا المعنى كان اشـتراطه باطلا . ولهذا أثره فى الالتزام المعلق ذاته . **وقد فرقت المادة فـى هذا الصدد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ .**

فإذا كان الشرط غير المشروع واقفا ، فلا يقوم الالتزام ذلك أن الشرط الواقف، وقد علق عليه وجود الالتزام يختلط بالباعث الدافع،

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجزء الثالث طبعة ٢٠٠٤ ص ١٩

والقاعدة هى بطلان التصرف إن كان الباعث عليه غير مشروع . ومادام التصرف باطلا فلا ينشأ الالتزام .

أما إذا كان الشرط غير المشروع فاسخا، وكان هذا الشرط ثانويا فى أهميته فإن الشرط يبطل ويبقى الالتزام غير مهدد بالزوال.

أما إذا كان الشرط عنصرا جوهريا بأن يكون هو السبب الدافع للالتزام فلا يقتصر الأمر على أن يعتبر هو لغوا وأن يبقى الالتزام قائما ، بل يمتنع معه قيام الالتزام ذاته لعدم مشروعية سببه . ومثل ذلك هبة دار لأمرأة بشرط استمرار معاشرتها معاشرة غير مشروعة ، فلا يقتصر الأمر على إلغاء الشرط بل تقع الهبة ذاتها باطلة [1].

---

(١) الدكتور سليمان مرقس أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٧ ص ٣٤٢- الدكتور محمد على عمران الوجيز فى آثار الالتزام طبعة ١٩٨٤ ص ١٤٦- وينتقد الدكتور اسماعيل غانم ص ٢٩٤ هذه التفرقة بقوله : " ولكن نص المادة ٢٦٦ فيما يتعلق بالشرط الفاسخ ، يستهدف للنقد من ناحيتين: فأولا كيف يتصور أن يكون الشرط الفاسخ عنصرا ثانويا وقد علق عليه المتعاقدان زوال الالتزام. وثانيا : كيف يتصور أن يكون الشرط الفاسخ، وهو الذى يترتب على تحققه زوال الالتزام ، كيف يتصور أن يكون هو السبب الدافع لإيجاده ؟ إن الصحيح فى رأينا هو أن عدم مشروعية الشرط الفاسخ يترتب عليها فى كافة الأحوال بطلان التصرف وبالتالى عدم قيام الالتزام . وليست العلة فى ذلك أن الشرط الفاسخ يختلط بالباعث الدافع ، فهذا لا يتصور عقلا . وإنما العلة فى ذلك أن اشتراط شرط فاسخ غير مشروع دليل قاطع على أن الباعث الدافع غير مشروع . فمن يهب لآخر ما لا معينا ، على أن تفسخ الهبة إذا لم يرتكب الموهوب

أو البائع الذى يشترط أن يتم الوفاء له ذهب

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ومع ذلك فإذا كان الشرط الفاسخ غير مشروع فينبغى التفريق بين حالتين : أولهما تعرض حيث لا يكون الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، وفى هذه الحالة يعتبر الشرط كأن لم يكن أو غير قائم. والثانية تعرض حيث يكون الشرط هو السبب الدافع إلى التعاقد ، وفى هده الحالة يكون الشرط عنصرا جوهريا من عناصره ، ويستتبع ذلك عدم قيام الالتزام ابتداء ، شأنه من هذه الناحية ، شأن أى التزام يقوم على سبب غير مشروع "[١].

له جريمة قتل أو إذا قطعت الموهوب لها علاقة غير شرعية تربطها بالواهب ، قد دفعه إلى هبته باعث غير مشروع هو ارتكاب الجريمة أو استدامة العلاقة غير الشرعية ، وإلا ما علق فسخ الهبة ويتضح من ذلك أن الالتزام لا يكون قائما إذا علق على شرط غير مشروع سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا ففى الحالتين يكون الباعث الدافع غير مشروع .

(من هذا الرأى محمد على عمران ص ١٤٦)

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩ .

مـادة (٢٦٧)

لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجـود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم .

الشـرح

١٢- تقسيم الشرط من حيث تعلقه بإرادة الطرفين :

جرى الفقه على تقسيم الشرط من حيث تعلقه بإرادة الطرفين ، إلى ثلاثة أنواع : شرط احتمالى وشرط مخـتلط وشـرط إرادى . ونعرض لها فيما يلى .

١- الشرط الاحتمالى :

الشرط الاحتمالى هو الذى لا دخل لإرادة الدائن أو المدين فـى وقوعه . فيكون المرجع فى وقوعه أو عدم وقوعه إلى المصادفات أو إلى إرادة شخص من الغير . كما فى الالتزام باستئجار عربة إذا أصبح الجو صحوا. وكما لو التزم موظف بأن يؤجر منزله إذا تقرر نقله الى بلد أخرى. وكما لو اتفق فى عقد بيع سلعة معينة على فسخ العقد إذا أصدر وزير الاقتصاد قرارا بمنع تصدير تلـك السـلعة . والشرط الاحتمالى شرط صحيح سواء كان شرطا واقفا أو فاسخا .

٢- الشرط المختلط :

الشرط المختلط هو ما يكون تحققه رهنا بإرادة أحد الطـرفين وبعامل خارجى فى آن واحد كإرادة شخص معـين مـن الغيـر . ومثله الزواج من سيدة معينة ، فهذا شرط يتعلق بإرادة من اشترط

عليه الزواج وبإرادة من اشترط الزواج منها . وهو شرط صحيح سواء كان شرطا واقفا كما لو التزم شخص بهبة آخر ..لا معينا إذا تزوج من قريبة له ، أو كان شرطا فاسخا كما لو وهب والد لابنه مالا على أن تفسخ الهبة إذا تزوج الإبن من سيدة معينة لا يرضى بها الأب زوجة لابنه [١].

٣- الشرط الإرادى :

الشرط الإرادى هو الذى يكون أمر وقوعه رهنا بإرادة أحد الطرفين ، فيكون أمرا يستطيع أحد العاقدين أن يحققه أو يمنع تحققه .

والشرط الإرادى نوعان :

شرط إرادى بسيط وشرط إرادى محض .

والشرط الإرادى البسيط هو الذى يتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام ، دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة ، بل تتقيد بإرادة أخرى غير معينة، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية أو ملابسات أخرى ، كالزواج والنجاح فى الامتحان والبيع والحج مثلا .

ولا ينفى توقفه على إرادة أحد طرفى الالتزام صفة عدم تحقق الوقوع فيه ، مادامت هذه الإرادة تتقيد بظروف أخرى [٢].

---

(١) محمودجمال الدين زكى ص١٠٩ – اسماعيل غانم ص ٢٨٩ ومابعدها.

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١١٠ .

أما الشرط الإرادى المحض فهو الذى يتعلق بإرادة أحد طرفى الالتزام وحدها ، أو بعبارة أخرى يتعلق بمحض إرادته .

وهذا الشرط إما أن يتعلق بمحض إرادة الدائن، أو بمحض إرادة المدين .

١٢ـ حكم الشـرط الإرادى المحض :

إذا كان الشرط الإرادى المحض يتعلق بإرادة الدائن فإنه يكون صحيحا . ويقوم الالتزام معلقا على إرادة الدائن سواء كان شـرطا واقفا كالتزام البائع فى البيع بشرط التجربة أم كان شـرطا فاسـخا كالتزام المشترى الذى يحتفظ بحق الرجوع فى البيع خـلال مـدة معينه .

أما إذا تعلق الشرط على محض إرادة المـدين بحيـث يكـون وجود الالتزام متوقفا على هذه الإرادة ، فتجب التفرقة بين الشـرط الفاسخ والشرط الواقف .

فإن كان الشرط فاسخا كالتزام صاحب العمل فى عقد العمـل تحت الاختبار وقع الشرط صحيحا ، فالالتزام كان قائما حـالا لأن وجوده لم يعلق على محض إرادة المدين ، واستبقى المدين مصيره فى سيره إن شاء أبقاه وإن شاء فسخه .

أما إذا كان الشرط المتعلق بإرادة المدين شرطا واقفا كـأن يلتزم المدين بالإقراض إذا شاء أو إذا وجد ذلك مناسبا له ، فإن هذا الشرط يقع باطلا ومعه الالتزام الذى علق عليه . لأن الشرط هنـا

محقق الوقوع بمشيئة المدين ، وإن شاء جعله يتخلف ، ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضا ، وعليه تكون الرابطة القانونية مختلة منذ البداية [(١)]. وهذا ما نصت عليه المادة بقولها : "لا يكون الالتزام قائما إذا علق علي شرط واقف بجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم ".

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يواجه هذا النص حكم التعليق على الشرط الإرادى المحض، ومن المعلوم أن التقنين الفرنسى يفرق بين الشرط الاحتمالى (وهو ما يتوقف على المصادفات ، دون أن يكون رهينا بمشيئة الدائن أو المدين . المادة ١١٦٩ من التقنين الفرنسى) والشرط المختلط (وهو ما يكون رهينا بمشيئة أحد المتعاقدين ومشيئة أحد الأغيار فى آن واحد : المادة ١١٧١ من التقنين الفرنسى والشرط الإرادى (وهو ما يعلق تنفيذ التعاقد فيه على أمر موكول تحققه أو تخلفه إلى إرادة أحد المتعاقدين : المادة ١١٧٠ من التقنين الفرنسى). بيد أن المشروع لم ير الأخذ بهذه التفرقة الفقهية فى النصوص ، بل قصر همه من الناحية التشريعية على بيان حكم الشرط ، إذا عيب على نحو يستتبع عدم قيام الالتزام المعلق عليه ،

---

(١) الدكتور محمد لبيب شنب دروس فى نظرية الالتزام ص٣٢١ ومابعدها- اسماعيل غانم ص٢٩٠ ومابعدها – المستشار أنور العمروسى ص ٧٩ ومابعدها .

٢- ويراعى أن التعليق بالشرط الفاسخ يقع صحيحا ، احتماليا كان الشرط أو مختلطا أو إراديا . فالتفرقة التى تقدمت الإشارة إليها تنحصر أهميتها فى حدود الشرط الموقف . على أن التعليق بهذا الشرط يقع صحيحا إذا كان مدلول فعله احتماليا ، أو مختلطا، أو إذا كان إراديا من ناحية الدائن .

أما إذا كان إراديا من ناحية المدين ، فينبغى التفريق بين صورتين : أولهما ، صورة الشرط الإرادى البسيط ، وهو مالا يعقد على وجه التخصيص والإفراد بمشيئة المدين وحدها ، بل يتوقف كذلك على أمور لا يتحكم فيها هذا المدين تحكما مطلقا ، والتعليق على مثل هذا الشرط يقع صحيحا أيضا. والثانية صورة الشرط الإرادى المحض ، وهو ما يكون رهينا بمشيئة المدين وحدها ، وفى هذه الصورة يكون التعليق معيبا ، ولا يقوم الالتزام المعلق مهما تكن طبيعته (ومع ذلك أنظر المواد ١٢١-١١٢/١٢٥- ١١٦ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمواد ٨٤-٨٧ من التقنين اللبنانى). وغنى عن البيان أن حكم الصورة الأخيرة هو الخليق وحده بأن يفسح له مكان فى نصوص التشريع " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٢ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الإقرار واردا فيه أنه " إذا حصل منى بيع أو رهن لأحد خلافهم (إخوة المقر) فيكون لاغيا ولا يعمل به من الآن وقبل هذا التاريخ . وإذا طلبت البيع فيكون الثمن ستين جنيها عن كل فدان ، فهذا القيد ليس من قبيل الشرط الإرادى الذى يكون تنفيذه متروكا لمحض إرادة الملتزم منه ، وإنما هو قيد تقيد به المقر لمصلحة إخوته إذا ما اعتزم التصرف فى ملكه ".

(طعن رقم ٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٤/١٨)

" لما كان مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أنه يشترط فى بيع الوفاء الذى يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلى احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة فإذا خلا البيع من هذا الشرط الإرادى المحض المتعلق بمطلق إرادة البائع كان العقد صحيحا ، ولايغير من ذلك أن يكون معلقاعلى شرط فاسخ غير متعلق بإرادة البائع أو متعلق بإرادته فى حالة إخلال المشترى بالتزاماته " .

(طعن رقم ١٧٩٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٧)

مادة (٢٦٨)

إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافـذا إلا إذا تحقق الشرط . أما قبل تحقق الشرط ، فلا يكون الالتـزام قـابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للـدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه .

الشـرح

١٤ـ أثر الشرط الواقف فى فترة التعليق :

الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير كامل الوجود، إذ أن وجوده موقوف على الشرط . فليس للدائن حق مؤكد ، إذ لا يعلم إن كان الشرط سيتحقق أو لا يتحقق .

ولكن من ناحية أخرى فإن هناك رابطة قانونيـة بـين الـدائن والمدين فى أثناء فترة التعليق . فليس للمدين مثلا أن يرجـع فيمـا تعهد به ولهذا فإن للدائن المعلق على شرط واقف حقا وليس مجرد أمل . هو حق وإن كان غير مؤكد [١].

ونتصدى لذلك تفصيلا فيما يلى .

أولاً : الحق المعلق على شرط حق وليس مجرد أمل :

حق الدائن المعلق على شرط واقف هو حق وليس مجرد أمل . ويترتب على ذلك ما يأتى :

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٤ .

١- أن هذا الحق ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص سواء من ناحية الدائن والمدين على حد سواء .

وهذا الحق ينتقل بالطبع معلقا على الشرط الواقف .

٢- أنه يجب على المدين الامتناع عن القيام بأى عمل من شأنه أن يمنع استعمال الدائن حقه أو يزيده صعوبة فى حالة تحقق الشرط. وبناء على هذا بعد أن يتحقق الشرط ، تكون الأعمال التى أجراها المدين فى فترة التعليق ملغاة على قدر ما يكون فيها من الإضرار بالدائن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان حق الدائن فى الالتزام العقدى المعلق على شرط واقف هما مما ينظمه القانون ويحميه ، وكانت المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى تلزم طرفى العقد بتنفيذه بطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية، فإنه لا يجوز للمدين تحت هذا الشرط أن يقوم بأى عمل من شأنه أن يمنع الدائن من استعمال حقه عند تحقق الشرط ، وكل تصرف من جانبه يحول دون تحقق الشرط يشكل خطأ يستوجب التعويض ولو لم يصل إلى حد الغش لما ينطوى عليه من إخلال بواجب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد . وخير تعويض للدائن فى هذه الحالة هو التعويض العينى أى اعتبار الشرط متحققا حكما ولو لم يتحقق بالفعل ، فيصبح الالتزام الشرطى نافذا بعد أن تغير وصفه من التعليق إلى التنجيز " .

(طعن رقم ٤٥١٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/١٣)

٣- يجوز للدائن تحت شرط واقف أن يقوم بالأعمال التحفظيـــة اللازمة للمحافظة على حقه . وعلى هذا نصت المادة صـــراحة . فللدائن القيام بتسجيل العقد وقيد الرهن المقرر لضمان هـــذا الحـــق وتجديد القيد ووضع الأختام وتحرير قوائم الجرد وفرض الحراسة ورفع دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد ، كما لـــه رفـــع دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة إذ لايشترط فيهما أن يكون حق الدائن واجب الأداء . وللدائن أيضا قطع التقادم ضـــد حـــائز العقار إذا لم يقم المدين بذلك لأن الحائز إن اكتملت مـــدة التقـــادم بالنسبة له فإنه يتملك العقار فى مواجهة كل من الدائن والمدين ومن ثم كان للدائن درء هذا الخطر .

ولما كان المالك تحت شرط واقف لا يستطيع القيـــام بأعمـــال الإدارة، ومن ثم فليس له تطهير العقار باعتباره من تلك الأعمـــال خلافا للمالك تحت شرط فاسخ، وله التدخل فى إجراءات القسمة(١).

٤- لايجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فى التزامه ما بين التعاقد وتحقق الشرط .

٥- يجوز للدائن التدخل فى التوزيع على أن يودع المبلغ الذى يخصص له خزينة المحكمة لحين تحقق الشرط ، لكن لايجوز لـــه

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٤٥- اسماعيل غانم ص ٢٩٦ ومابعـــدها- المستشار أنور طلبه ص ٦٥١ .

باعتبار أنه حقه غير مستحق الأداء أن يوقع حجزا تحفظيا (م٣١٩ مرافعات) ولا أن يوقع حجـز مـا للمـدين لـدى الغيـر (م٣٢٥ مرافعات) وعليه أن يتربص إلى وقت التوزيع فيتدخل فيه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

" ويترتب على فكرة بقاء الالتزام معلقا علـى خطـر الوجـود قانونا ، دون أن يكون مجرد أمل من الآمال ، نتيجتان : الأولى أن يكون هذا الالتزام محلا للخلافة العامة ، والخلافة الخاصـة، مـن ناحية الدائن والمدين على حد سواء (أنظـر المـادة ١١٧٩ مـن التقنين الفرنسى ، والمادة ٩٤ من التقنـين اللبنـانى) والثانيـة أن للدائن أن يتخذ بمقتضاه من الإجراءات ما يكفل له المحافظة علـى حقه ، وهذا أهم أثر يترتب خلال فترة التعليق .

ومن أمثلة هذه الإجراءات وضع الأختام ، وتحرير قوائم البيان وقوائم الجرد ، وقيد الرهون الرسمية ، والتدخل فى القسمة ، ورفع دعاوى تحقيق الخطوط ، ووضع الحراسة على الأعيـان ، ورفـع الدعاوى غير المباشرة (أنظر الفقرة الثانية من المـادة-٩٣ مـن التقنين اللبنانى " [٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٥١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٥ .

ثانياً : الحق المعلق على شرط حق غير مؤكد :

حق الدائن المعلق على شرط واقف ، حق غير مؤكد ، ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- عدم تنفيذ الالتزام المعلق على شرط واقف تنفيذا قهريا. فليس للدائن أن يطالب بدينه قضاء ، وليس له أن يتمسك بالمقاصة بين هذا الدين وبين دين حال فى ذمته للمدين . ويبنى على ذلك أيضا عدم استعمال الدعوى البوليصية إذ هى مقدمة للتنفيذ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يظل الالتزام المعلق بالشرط الموقف معدوما على خطر الوجود ، ما بقى التعليق قائما . بيد أنه لا يكون مجرد أمل للدائن ، بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا .

٢- ويترتب على اعتبار الالتزام المعلق غير مؤكد الوجود مايأتى :

(أ) لايجوز للدائن أن يباشر بمقتضاه أى إجراء من إجراءات التنفيذ، ولا يجوز له كذلك أن يؤسس عليه دعوى بوليصية، باعتبار هذه الدعوى من مقدمات التنفيذ (ب) لا يعتبر وفاء المدين به اختيارا وفاء بما هو مستحق ، بل يعتبر أنه أدى غير المستحق ، ويكون له أن يسترد ما أدى تفريعا على ذلك .

(ج) لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة له ، لأنه لما يصبح مستحق الأداء(١) .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة- أن الشرط الواقف من شأنه نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة ، فيكون الالتزام فى فترة التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا فلا يجوز للدائن خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط " .

(طعن رقم ١٨٠٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٠/٤/٥)

(ب)- " إذا كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة، فيكون الالتزام فى فترة التعليق موجودا ، غير أن وجوده ليس مؤكدا مما يترتب عليه أنه لايجوز للمستأجر خلالها أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط ، وكانت دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها على محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا، اعتبارا بأن الحكم الذى يصدره القاضى فى الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٤ .

المدنى، فإن ما خلص إليه الحكم من أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مرتبطة باستصدار الترخيص ورتب على ذلك أن الدعوى مرفوعة قبل أوانها فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٨)

(ج)- " المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن من شأن الشرط الواقف أن يوقف تنفيذ الالتزام إلى أن تتحقق الواقعة المشروطة فيكون الالتزام فى التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا ، وكان مفاد النص فى البندين الثالث والرابع من عقد الإيجار المؤرخ (... المبرم بين الطاعن والمطعون ضدها الثانية على أن يبدأ العقد فور الحصول على حكم نهائى فى الاستئناف رقم (...) بإخلاء الشقة موضوع النزاع من مستأجرها السابق واعتبار العقد كأن لم يكن وأن العقد معلق على شرط واقف غير محقق الوقوع هو صدور حكم فى الاستئناف المشار إليه لصالح المؤجرة ، فإن ما يثيره الطاعن من أنه مقترن بأجل يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/١/١٠)

٢- لا يقبل الالتزام المعلق على شرط واقف التنفيذ الاختيارى ، بمعنى أنه إذا وفى المدين جاهلا قيام الشرط ، استطاع استرداد ما أوفى ، بدعوى استرداد ما دفع بدون وجه حق .

٣- الالتزام المعلق على شــرط غير مستحق الأداء ، ومن ثم لا يسقط بالتقادم مادام معلقا على الشرط . ذلك أن التقادم لا يبدأ فى السريان إلا من وقت تحققه حيث يصبح الدين مستحق الأداء .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" القاعدة سواء فى التقنين المدنى أو القائم أن التقــادم المســقط لايبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مســتحق الأداء ، مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلــق علــى شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشــرط ، وإذ كــان ضــمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فــى دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا مــن وقت رفع الدعوى بالاستحقاق " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٤- إذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام بنقــل الملكية على شئ معين بالذات ، فإن الملكية لا تنتقل إلى الــدائن إلا معلقة على شرط واقف . ذلك أن المدين يكون فــى أثنــاء فتــرة التعليق مالكا تحت شرط فاسخ [١].

---

(١) المستشار أنور العمروسى الشرط والأجل فى القــانون المــدنى – دار محمود للنشر والتوريع ص ٢٧ – عبــد المــنعم البــدر وى ص ٢٤٥ ومابعدها - اسماعيل غانم ص ٢٩٥ ومابعدها

١٥ـ كيفية تحقق الشرط الواقف :

ينتهى التعليق متى تحقق الشرط أو ثبت أنه تخلف نهائيا .

ويشترط فى تحقق الشرط أن يتم الأمر المشروط فعـلا علـى النحو الذى اتجهت إليه إرادة الطرفين ، فيجب أن يتم هـذا الأمـر كاملا غير منقوص، وأن يقع من الشخص نفسه الذى قصد الطرفان أن يحدث منه إن كانا قد قصدا أن يحدث من شخص معـين، وأن يتم فى الميعاد الدى عينه المتعاقدان لذلك .

فإذا لم يقع هذا الأمر ، أو وقع بعضه دون البعض ، أو وقـع من شخص غير الذى عينه العاقدان لذلك ، أو تـم بعـد انقضـاء الوقت المحدد لوقوعه ، اعتبر الشرط أنه قد تخلف .

وإذا لم يحدد العاقدان وقتا يجب أن يتم فيه الأمر المشروط، فإن وقوع هذا الأمر فى أى وقت يعتبر تحققـا للشـرط ، ولا يعتبـر الشرط متخلفا إلا متى صار من المؤكد أنه لن يتحقق .

ويعتبر الشرط أنه قد تحقق حكما ، ولو لم يكن قد تحقق فعـلا، إذا كان صاحب المصلحة فى عدم تحققه قد منع تحققه عن عمد أو إهمال [١]. ومثل دلك أن يكون الاتفاق علـى أن تسـتحق أتعـاب

---

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن مـادة بـرقم (٣٣٨) تجرى على أن

المحامى كلها أو بعضها إذا كسب الدعوى ، فيتسبب الموكل في خسارة الدعوى بعدم تقديمه المستندات المؤيدة لحقه في الوقت

"١- يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة في أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحققه .
٢- لا أثر للشرط الذى تحقق إذا كان تحققه قد وقع بغش الطرف الذى له مصلحة فى أن يتحقق " - وجاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدى أنه:
"١- تواجه هذه المادة فرضين : أولهما يعرض حيث يحول ذو المصلحة فى تخلف الشرط دون تحققه بطريق الغش ، كما هو الشأن فى المدين بالتزام معلق على شرط موقف ، أو الدائن بالتزام معلق على شرط فاسخ . وفى مثل هذا الفرض يعتبر الشرط قد تحقق ولو أنه لايزال متخلفا فى حكم الواقع جزاء ما وقع من غش المدين أو الدائن بحسب الأحوال .
٢- والثانى يعرض حيث يعمد ذو المصلحة ، على نقيض ما يقع في الفرض الأول ، إلى تحقيق الشرط بطريق الغش ، كما هو الشأن في الدائن بالتزام معلق على شرط موقف (كالمستأمن إذا انتحر أو تسبب فى الحريق عمدا) والمدين بدين معلق على شرط فاسخ ، ولا يرتب تحقق الشرط فى هذا الفرض أثرا ما ، بل يبرأ المدين من التزامه ، أو يظل مرتبطا به نهائيا ، رغم تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ . ومن الواضح أن إقرار هذا الحكم قصد به إلى قمع ما يقع من غش من المدين أوالدائن بحسب الأحوال (أنظر المواد ١١٧٥- ١١٧٧من التقنين الفرنسى) - وفى لجنة المراجعة اقترح رئيس اللجنة معالى السنهورى باشا حذفها لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة- فوافقت اللجنة على ذلك " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١ هامش(١)) .

المناسب ، فإن إهماله هذا يجب أن لا يؤثر فى حق المحامى فى أتعابه ، فيستحق المحامى أتعابه على اعتبار أن الشرط قد تحقق حكما وإن كان الواقع أن الدعوى قد رفضت .

وكذلك يعتبر الشرط أنه قد تخلف حكما ، ولو تحقق فعلا ، إذا كان صاحب المصلحة فى تحققه قد حققه بغير حق عن عمد أو عن إهمال. ومثال ذلك أن يهب شخص آخر داره إذا مات ابنه الوحيد قبله . فإذا حقق الموهوب له الشرط بقتل الإبن ، ولو كان القتل بإهمال ، فإن الشرط مع تحققه فعلا يعتبر متخلفا حكما وتنعدم الهبة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- إذا كان المدلول الظاهر للاتفاق المبرم بين الطرفين هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد هو أو المطعون عليه خلال أجل محدد مستغلا لها وعندئذ يتعهد الطاعن بدفع نصف الإيجار الذى يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهى بانقضاء هذا الأجل ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بإلزام الطاعن بنصف الإيجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل استنادا إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف فى تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه ".

(طعن رقم ٦٥٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٥/٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان البيع معلقا على شرط واقف هو رسو مزاد الأطيان الواردة به على البائع فى جلسة المزايدة أمام المحكمة الشرعية وكان هذا الشرط قد تخلف برسو المزاد فى تلك الجلسة على الطاعن (المشترى) دون البائع فإنه يترتب على ذلك عدم انعقاد البيع واعتباره كأن لم يكن ، ولا يعيده إلى الوجود إجازة صاحب المصلحة فى التمسك بانعدامه مادام أنه لم ينعقد أصلا منذ البداية نتيجة لإعمال الأثر الرجعى لتخلف الشرط الواقف ومن ثم فاستلام الطاعن للأطيان محل النزاع وإقراره بشرائها وسداده أغلب ثمنها وتصرفه بالبيع فى جزء منها كل ذلك ليس من شأنه أن يعيد إلى العقد وجوده " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/١/١١)

٢- " حق الدائن فى الالتزام المعلق على شرط واقف وهو مما ينظمه القانون ويحميه . ولئن كان هذا الحق لا يعد نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق- ولو لم يقع بالفعل- إذا حدث غش أو خطأ من جانب المدين للحيلولة دون تحققه" .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/٧)

٣- " من القواعد العامة فى الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام أنه إذا علق الالتزام على شرط هو ألا يقع أمر فى وقت معين، فإن

الشرط يتحقق إذا انقضى الوقت دون أن يقع هـذا الأمـر ، وهـو يتحقق كذلك قبل انقضاء الوقت إذا أصبح من المؤكد أنه لن يقـع ، فإذا لم يحدد وقت فإن الشرط لا يتحقق إلا عندما يصبح مؤكدا عدم وقوع الأمر ، وقد يكون ذلك بانقضاء مدة طويلة من الزمن يصبح معها عدم وقوعه أمرا يبلغ حد اليقين وتقرير ذلك بأدلة تبرره عقلا مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع ، لما كان ذلك وكان الحكـم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإلزام الطاعنين بأن يؤدوا للمطعـون ضده من تركة مورثهم مبلغ ... على أساس من القول مفـاده أنـه اعتبر التزام مورث الطاعنين بأداء ثلث المبلغ المخصص لتسـجيل عقد شرائه معلقا على شرط واقف هو قيام البائع الأصلى بـالتوقيع مباشرة على العقود الخاصة بالمشترين من مورث الطاعنين بحيث تنتفى الحاجة إلى تسجيل عقد شراء هذا الأخير ولا يسجل فعـلا ، وأن هذا الشرط وإن لم يكن قد تحقق فعلا - يعتبر أنه تحقق حكما بانقضاء مدة من الزمن رأت المحكمة معها - ومع ما تبين لها من ظروف الالتزام وملابساته - أن عدم تسجيل عقد المورث أصـبح أمرا يبلغ حد اليقين ، فإنه يكون قد صادف صحيح القانون ".

(طعن رقم ٦٧٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣١)

٤- " الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشترى بـالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عـن الوفـاء

بغير حق ، فإن كان للمشترى قانونا أن يحبس الثمن عـن البـائع وجب على المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى ".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

غير أنه يشترط فى ذلك ألا يكون الفعل الذى منع بـه تحقـق الشرط صاحب المصلحة فى عدم تحققه أو الذى حقق به الشـرط صاحب المصلحة فى تحققه استعمالا لحق مقرر له ، لأنه لو كـان كذلك فلا غبار عليه ويترتب عليه أثره . ومثل ذلك أن بيع شخص لآخر داره بثمن قدره خمسة آلاف جنيه إذا دفع له نصف هذا الثمن فى خلال السنة . فإذا ورث البائع فى خلال السنة من كان يـداين المشترى بمبالغ أخرى ، وحجز بهذه المبـالغ تحـت يـد مـدينى المشترى جميعا بما فى ذلك المصارف التى أودع فيهـا المشـترى نقوده وأوراق المالية ، ومنع البائع المشترى بذلك مـن الحصـول على المال الذى يدفع منه فى خلال السنة نصف الثمن المـذكور ، فإن البائع يكون قد منع تحقق الشرط باستعمال حق له ، فلا يعتبـر الشرط أنه تحقق حكما ، إلا إذا ثبت أن البائع أساء استعمال حقـه فى توقيع الحجوز بأن حجز على مبالغ تفوق كثيرا ما يفى بحقوقـه قبله ، فحينئذ فقط يكون البائع قد منع تحقق الشـرط بفعـل غيـر مشروع ، ويعتبر الشرط قد تحقق حكما [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٤٦- السنهورى ص ٤٦ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من مذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة أول درجة أن مما تمسك به من أوجه دفاع فى الدعوى الفرعية التى أقامتها عليه المطعون عليها الأولى بطلب فسخ عقد البيع- الذى طلب القضاء بصحته ونفاذه فى الدعوى الأصلية- أن البائعة لم تشترط فى ملحق العقد الذى اتفق فيه على الشرط الصريح الفاسخ أن يكون الوفاء بباقى الثمن فى موطنه لتطالبه به فى موعد استحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذ خلت الأوراق مما يفيد أنها انتقلت إليه فى موطنه لتطالبه بدفع باقى الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت إلغاء الحكم الابتدائى الذى قضى برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فإنه كان لزاما عليها أن تفصل فى دفاعه المشار إليه والذى لم يتعرض الحكم الابتدائى لبحثه اكتفاء بما قبله من أوجه دفاع أخرى مادام لم يثبت نزول الطاعنة عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه ، وهى إذ لم تفعل رغم كونه دفاعا جوهريا قد يتغير بتحقيقه وجه الرأى فى الحكم فى الدعوى فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور ".

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢١)

١٦ـ يكفى تحقق أحـــد شـــرطين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد تعلق العقد على شرطين أن تخلف أحد الشرطين يكفـــى لعدم نفاذه . فإذا استند الحكم فى استبعاد العقد إلى عدم تحقق أحـــد الشرطين كان ذلك كافيا وحده لحمل قضائه فى هذا الخصـــوص ، ويكون غير منتج النعى عليه بأنه اعتمد على تخلف الشرط الآخـــر الذى لم يؤذن بإثباته " .

(طعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٦/١٤)

١٧ـ أثر انتهاء التعليق وتحقق الشرط :

إذا تحقق الشرط الواقف ، تأكد الحق وأصبح نافذا فـــى حـــق المدين ، وتترتب عليه كل آثار الحق النافذ المستحق الأداء .

ويتحقق هذا الأثر منذ إبرام التصرف وليس منذ تحقق الشـــرط وفقا للأثر الرجعى للشرط ، كما سنرى .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

١- يجوز للدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبرى ، وكـــذلك لـــه الحق فى اقتضاء حقه اختيارا .

كمايجوز له اللجوء إلى الدعوى البوليصية .

٢- يجوز التمسك بالمقاصة وإذا كان المدين وفى بالتزامه قبل تحقق الشرط فليس له أن يسترد محل الوفاء وفقا للأثـــر الرجعـــى للشرط فيكون الوفاء صحيحا .

٣- إذا كان حق الدائن مضمونا برهن وتحقق الشرط ، فــإن تاريخ الرهن يعتبر من وقت قيده لا من وقت تحقق الشرط .

٤- إذا كان الالتزام المعلق على شرط واقف التزاما بنقل ملكية شئ ، وكان الدائن قد تصرف فى الشئ أثناء فترة التعليــق ، ثــم تحقق الشرط بعد ذلك ، فإنه يعتبر قد تصرف فيما يملك ، فيكــون تصرفه صحيحا نافذا أما تصرفات المدين فعتبر صادرة من غيــر مالك .

٥- إذا صدر قانون جديد أثناء فترة التعليق بعدل من شــروط إنشاء الالتزام ، كقانون يشترط الرسمية بعد أن كان العقد رضــائيا ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، ترتب على الأثــر الرجعــى أن يعتبــر الالتزام قد نشأ فى ظل القانون القديم فيكون هو الواجــب التطبيــق عليه [١].

٦- أن تقدير الغبن يكون بالنظر إلى تــاريخ العقــد لا لحظــة تحقق الشرط [٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠٠ - الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامــة للالتزام - أحكام الالتزام طبعة ٢٠٠٥ ص ١٩٢ ومابعدها .

(٢) الدكتور مصطفى عبد الحميد عدوى والدكتور محمد محى الدين إبراهيم النظرية العامة للالتــزام أحكــام الالتــزام طبعــة ١٩٩٨ ص ٣٠٧ ومابعدها.

١٨- أثر انتهاء التعليق وتخلف الشرط :

إذا كان الشرط واقفا وتخلف ، فإن حق الدائن وقد كـــان حقـــا محتمل الوجود أثناء التعليق ، يصبح عدما . فيزول كل أثـــر لمـــا اتخذه الدائن من إجراءات للمحافظة على حقه أثناء فترة التعليـــق . وإذا كان الدائن قد تصرف فى حقه المحتمل إلى الغير ، فإن انعدام حق الدائن يستتبع زوال آثار تصرفاته[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم قد ذهب إلى أن الطرفين قد اتفقا على إرجـــاء تنفيذ عقدى الإيجار إلى وقت قيام الطاعنة باســـتخراج التـــرخيص باسم المالكين ، وأن الطاعنة هى المكلفة باتخاذ هذا الإجـــراء دون المطعون عليهما الأولين ليتحقق به الشرط الواقف لنفاذ الإيجـــار، وكانت الطاعنة لا تجادل فى عدم قيامها هى باستخراج التـــرخيص تنفيذا لالتزاماتها الواردة بالعقد وكانت الأوراق قد خلت مما يشـــير إلى أن استخراج الترخيص تم بناء على عقدى الإيجار موضـــوع الدعوى ، وكان هذا المعنى يظاهره البند الرابع من العقدين ، فـــإن القول بأن استخراج المستأجر الجديد- المطعـــون عليـــه الثالـــث- ترخيصا باسم المؤجرين يؤدى إلى نفاذ عقد الطاعنة لا يقوم علـــى سند صحيح من الواقع أو القانون " .

(طعن رقم ٩١٤ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٨)

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٤٨- اسماعيل غانم ص ٢٩٩ .

مــادة (٢٦٩)

١- يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام . ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه ، فإذا استحال الرد لسبب هو مسئول عنه وجب عليه التعويض .

٢- على أن أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط .

الشــرح

آثار الشــرط الفاسخ :

١٩- أولاً : أثناء فترة تعليق الشرط :

إذا كان الالتزام مقترنا بشرط فاسخ ، فإن التزام الدائن يكون موجودا أثناء فترة التعليق ، ومستحق الأداء ، ولكنه قابل للزوال .

ويترتب على كون الحق موجودا ومستحق الأداء ما يأتى :

١- أنه يشترط توافر أهلية الملتزم وقت إبرام العقد لا وقت تحقق الشرط .

٢- أنه يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة للمحافظة على حقه .

٣- يكون هذا الحق جائزا التصرف فيه وقابلا للانتقال عن طريق الإرث .

٤- أن المدين يكون ملزما بالوفاء بالالتزام فإن وفى فلا يجوز له الرجوع فى وفائه ولا استرداد ما وفى .

٥- أنه يجوز للدائن اتخاد الإجراءات التنفيدية اللازمة لتحصيل حقه ، فيجوز له رفع الدعوى للحصول على حكم ينفذ به . ويجور له الالتجاء إلى وسائل التنفيذ القهرى العينى المباشر وغير المباشر. ويحوز له الطعن فى تصرفات مدينه الضارة مر طريق الدعوى البوليصية .

٦- إذا كان موضوع الحق نقل ملكية مال معين بالذات انتقلت إليه هذه الملكية بمجرد العقد إذا كاں المال منقولا ، وجاز له مطالبة المدين بأداء الإجراءات اللازمة للتسجيل إن كان المال عقارا ، ومتى نقلت الملكية إليه فى هذه الحالة الأخيرة جاز له أن يستند إليها فى أخذ عقار مجاور بالشفعة .. الخ .

٧- أن مدة التقادم المسقط لحق الدائن تبدأ من وقت العقد إذا لم يطالب الدائن بحقه .

٨- أنه إذا كان موضوع التصرف نقل حق عينى فإن انتقال هذا الحق إلى الدائن بشرط فاسخ يقابله بقاء المدين مالكا تحت شرط واقف ، فيجوز للأخير اتخاذ الإجراءات التى يجوز للدائن تحت شرط واقف اتخاذها [١].

ويترتب على كون حق الدائن معرضا للزوال ما يأتى :

---

(١) سليمار مرقس ص ٣٤٥

١- أنه لا تجوز المقاصة به فى دين منجز .

٢- أنه إذا تصرف الدائن فى الحق حال حياته أو انتقل من بعده إلى ورثته . فإنه ينتقل إلى المتصرف إليه أو إلى الورثة متصفا بصفته حقا معرضا للزوال .

آثار الشرط الفاسخ بعد انتهاء فترة التعليق :

٢٠- أولاً : فى حالة تحقق الشرط :

يترتب على فوات فترة تعليق الشرط ، بتحقق الشرط ، أن الحق الذى كان فى أثناء التعليق مؤكدا وجوده ومستحق الأداء ، يزول بأثر رجعى من وقت الاتفاق الذى أنشأه لا من وقت تحقق الشروط فحسب .

وإذا كان الدائن قد استوفى الدين وتحقق الشرط الفاسخ ، وجب عليه أن يرده للمدين . وإذا استحال الرد بغير سبب أجنبى ، كان عليه أن يعوض المدين عما أصابه من ضرر .

أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبى ، فقد انقضى الالتزام بالرد ، ولا محل للتعويض فى هذه الحالة .

والالتزام بالرد مبنى على أساس دفع غير المستحق ، فإنه لما تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى ، تبين أن الشئ الذى دفعه المدين للدائن لم يكن مستحقا ، فكان له الحق فى استرداده [١].

---

(١) السنهورى ص ٥٢ ومابعدها

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال حق الدائن ، والتزامه من جراء ذلك بأن يرد ما أداه إليه المدين على سبيل الوفاء . فإذا هلك المعقود عليه بخطأ من الدائن ، سئل عن ذلك وفقا للقواعد الخاصة برد غير المستحق . أما إذا كان الهلاك راجعا إلى سبب أجنبى فتقع تبعته على عاتق الدائن فى العقود التبادلية ، وعلى عاتق المدين فى العقود الملزمة لجانب واحد ، كما سيأتى بيان ذلك [١].

٢١- ثانيا : فى حالة تخلف الشرط :

إذا تخلف الشرط الفاسخ بعدم تحقق الواقعة المستقبلة . ظل الالتزام قائما ، واعتبر الالتزام بسيطا غير موصوف منذ البداية . وتسرى كافة التصرفات الصادرة من المالك [٢].

أما تصرفات الطرف الآخر التى كانت معلقة على شرط واقف، ولم يتحقق هذا الشرط بتخلف الشرط الفاسخ ، فإنها تزول بأثر رجعى .

ويتم كل ذلك بمجرد تخلف الشرط الفاسخ دون حاجة إلى حكم أو إعذار .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧ .

(٢) الدكتور مصطفى عبد الحميد عدوى والدكتور محمد محى الدين إبراهيم النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام طبعة ١٩٩٨ص ٣٠٨ .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وغنى عن البيان أن تخلف الشرط الفاسخ يستتبع استقرار حق الدائن نهائيا ، ويكون من أثر ذلك تأييد ما صدر عنه من التصرفات، تأسيسا على هذا الحق " (١).

٢٢ـ بقاء أعمال الإدارة نافذة رغم تحقق الشرط الفاسخ :

كان مقتضى الأثر الرجعى للفسخ سقوط أعمال الإدارة التى اتخذت قبل تحقق الشرط الفاسخ . إلا أن الفقرة الثانية من المادة استثنت هذه الأعمال من الأثر الرجعى للفسخ ونصت على بقائها نافذة رغم تحقق الشرط .

والحكمة من ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر فى الحقوق التى استقرت نهائيا من جراء تحقق الشرط ، ثم إنه من الأهمية بمكان أن يكفل لها ما ينبغى من الاستقرار .

إلا أن بقاء أعمال الإدارة مشروط بشرطين هما :

أن يكون من قام بها حسن النية حتى لا تكون هذه الأعمال ذريعة يتوسل بها إلى تعطيل حق الطرف الآخر إذا تحقق الشرط الفاسخ ، **وعدم تجاوز من أجراها المألوف فى حدود الإدارة** ، فإذا كان عمل الإدارة إجارة مثلا ، وجب ألا تجاوز مدتها ثلاث سنوات.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧.

ويدخل فى أعمال الإدارة الإيجار الذى لاتزيد مدته على ثـــلاث سنوات وقبض الأجرة وبيع الثمار والمحصولات ، وقيـــد الـــرهن وتجديد القيد وتسجيل العقد ونحو ذلك[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما ما يصدر عن الدائن من أعمال الإدارة فيظل قائما رغـــم تحقق الشرط ، ذلك أن هذه الأعمال لا تؤثر فـــى الحقـــوق التـــى استقرت نهائيا من جراء تحقق الشرط ثم إن من الأهمية بمكـــان أن يكفل لها ما ينبغى من الاستقرار وغنى عن البيان أن بقاء الأعمال التى تقدمت الإشارة إليها مشروط بحسن نية من صـــدرت عنـــه ، وعدم تجاوزه المألوف فى حدود الإدارة . فإذا كان عمـــل الإدارة إجارة مثلا ، وجب ألا تجاوز مدتها ثلاث سنوات" [٢].

وإن كانت المادة لم تنص إلا أعمال الإدارة التى تصـــدر مـــن الدائن تحت فاسخ ، إلا أن علة الحكم متحققـــة بالنســـبة لأعمـــال الإدارة التى تصدر من المدين تحت شرط واقـــف ، فتبقـــى هـــذه الأعمال نافذة رغم تحقق الشرط [٣].

---

(١) السنهورى ص ٥٣ ومابعدها-المستشار أنور العمروسى ص ٨٩ ومابعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧ .

(٣) اسماعيل غانم ص ٣٠٤.

مـادة (٢٧٠)

١- إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الـذى نشـأ فيـه الالتزام، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقـد أن وجود الالتزام ، أو زواله ، إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيـه الشرط .

٢- ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعى ، إذا أصـبح تنفيـذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يـد للمـدين فيه.

الشـــرح

٢٣ـ الأثـر الرجعى للشرط :

تنص الفقرة الأولى من المادة فى صدرها على أنه : " إذا تحقق الشرط استند أثره إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام " .

فهذا النص يقضى بالأثر الرجعى للشرط سواء كـان واقفـا أو فاسخا .

ومن ثم إذا كان الشرط واقفا فإن حق الدائن يترتـب ، لا مـن وقت تحقق الشرط فحسب ، بل من تاريخ انعقاد العقـد . وكـذلك الشأن فى حق الدائن بالتزام معلق على شـرط فاسـخ ، فبتحقـق الشرط يعتبر الالتزام كأن لم يكن قد ترتب قط ، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد .

وتؤسس قاعدة الأثر الرجعى للشرط – وفقا لما يـذهب إليـه فريق من الفقه – على أساس افتراض أو مجاز قانونى من جانـب المشرع بقصد تبرير النتائج التى تترتب على تحقق الشرط فلا شك أنه لم يكن للالتزام المعلق على شرط واقف وجود مؤكد فى فتـرة التعليق ، ولا شك أن الالتزام المعلق على شرط فاسخ كـان قائمـا أثناء تلك الفترة . فالقول أنه بتحقق الشرط الواقف يعتبر أن الالتزام كان منجزا من وقت الاتفاق على إنشائه ، وأنـه بتحقـق الشـرط الفاسخ يعتبر أن الالتزام لم ينشأ أصلا ، قول فيه مخالفة للحقيقـة ، فهو يقوم إذن على المجاز أو الافتراض [1].

والصحيح فى رأى الفقه الغالب أن فكرة الأثر الرجعى لتحقـق الشرط تستند إلى التعاقد والنية المحتملة للمتعاقـدين فهـى تفسـير لنيتهما على أنهما لو كانا على يقين من أن الشرط الواقف سيتحقق لاتفقا على إنشاء الالتزام مؤكدا من أول الأمر . ولو كانا على يقين من أن الشرط الفاسخ سيتحقق ما اتفقا أصلا على إنشاء الالتـزام . وإذن فالأثر الرجعى للشرط يـرجع عمـا انصـرفت إليـه إرادة المتعاقدين [2].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠١ ومابعدها – مصطفى عبد الحميد عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣١٠.

(٢) السنهورى ص ٦٠ – محمود جمال الدين زكى ص ١١٧ – راجع أيضا اسماعيل غانم ص ٣٠٢ ومابعدها .

وهذا هو ما أخذ به التقنين المدنى حيث أجاز للمتعاقدين استبعاد هذه القاعدة (م٢٧٠ مدنى)[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... فالقاعدة العامة هى انسحاب أثر تحقق الشرط الموقف أو الفاسخ إلى وقت التعاقد والواقع أن هذا الحكم ليس إلا تفسيرا معقولا لإرادة المتعاقدين ، فلو أنهما كانا من مبدأ الأمر على يقين من تحقق الشرط ، لردا أثره إلى وقت انعقاد العقد "[2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٠.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠ - كما جاء بها ص ١٩ ومابعدها " ١- تتناول هذه المادة أهم حكم من أحكام الشرط : وهو ما يلقب اصطلاحا بالاستناد ، أو الأثر الرجعى . ولم يحد المشروع فى هذا الشأن عما جرت عليه التقاليد اللاتينية ، بل جعل الأصل فى أثر هذا الشرط أن يستند أو ينعطف إلى الماضى ... وإذا كان التقنين الألمانى والتقنين السويسرى قد أعرضا عن فكرة استناد أثر الشرط وشايعتها فى ذلك تقنينات كثيرة ، فمن المحقق أن هذه التقنينات جميعا لم تمض فى هذا السبيل إلى القصى من غاياته ، فهى تخفف من آثار عدم الاستناد إلى حد بعيد ، بمقتضى طائفة من النصوص الخاصة (أنظر المواد ١٥٩- ١٦١ من التقنين الألمانى) والحق أن شقة الخلاف بين المذهب اللاتينى والمذهب الجرمانى ، فيما يتعلق بأثر الشرط ليست من السعة كما قد يحسب البعض . فالأحكام العملية أو التطبيقية تكاد تتماثل فى ظل كل من هذين المذهبين والواقع أن الخلاف بينهما لا يعدو أن يكون خلافا فى التصوير لا أكثر .

٢٤ـ آثار ثبوت الأثر الرجعى للشرط :

يترتب على الأثر الرجعى للشرط عدة آثار أهمها :

١- أن الدائن بالتزام معلق على شرط واقف يترتب حقه لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد ، وبالتالى تكون كافة التصرفات التى تصدر منه نافذة فى حقه منذ البداية وليس من تاريخ تحقق الشرط . فلو أن مالكا تحت شرط واقف باع العين أو رهنها ثم تحقق الشرط فإنه يتحقق بأثر رجعى لا بالنسبة للمالك تحت شرط واقف وحده ، بل أيضا بالنسبة إلى المشترى منه أو المرتهن . فالرهن مثلا لا تحتسب درجته من يوم تحقق الشرط بل من يوم قيده فى السجلات العقارية فلو قيد فى نفس يوم العقد كانت مرتبته منذ ذلك التاريخ .

وعلى العكس من ذلك الأثر المترتب على تحقق الشرط الفاسخ كما لو كان المالك تحت شرط فاسخ قد تصرف فى العين بالبيع أو بالرهن ثم تحقق الشرط الفاسخ بأثر رجعى فإنه لايعتبر مالكا منذ البداية ويكون البيع أو الرهن الذى صدر منه من غير مالك .

فالمذهب اللاتينى يجعل من استناد أثر الشرط قاعدة عامة ، ويجيز مع ذلك الاتفاق على عكسها، بينما يجعل المذهب الجرمانى من عدم استناد هذا الأثر قاعدة عامة ، مع إباحة الخروج عليها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الالتزام فى عقد الهبة – شأنه شأن سائر العقود– قد يكون معلقا على شرط فاسخ ، فإذا تحقق الشرط ترتب على ذلك زوال الالتزام جاز للواهب أن يسترد ما وهبه ولا يشترط فى هذه الحالة أن يستند الواهب إلى عذر مقبول وإنما يكفى تحقق الشرط ، كما لايجوز للموهوب له أن يتمسك بقيام مانع من الرجوع فى الهبة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين ويجب عليهما تنفيذ ما اشتمل عليه ، ويقوم مقام القانون فى تنظيم العلاقة بينهما ، بل هو ينسخ القانون فى دائرة النظام العام والآداب . ولما كانت محكمة الموضوع بمالها من سلطة تفسير العقود قد استظهرت – للأسباب السائغة السابق بيانها بأن الدولة وهبت جمعية الاقتصاد لموظفى البريد التى يمثلها الطاعن المبلغ موضوع النزاع هبة معلقة على شرط فاسخ هو عدم استحقاق مستخدمى المصلحة الخارجين على الهيئة والمؤقتين لمكافآت من قبل الدولة ، وأن هذا الشرط قد تحقق بصدور القانون رقم ٥٤٥ لسنة ١٩٥٣ الذى حمل الدولة بالمكافآت المستحقة لهم ، ورتب الحكم على ذلك قضاءه برد المبلغ الموهوب فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

٢- إذا كان المدين تحت شرط واقف قد وفى عن غلط قبل تحقق الشرط ولم يقم باسترداد ما وفى خلال فترة التعليق وفقا للقواعد العامة فى دفع غير المستحق . فإنه متى تحقق الشرط لايستطيع أن يسترد ما وفاه عملا بالأثر الرجعى للشرط الذى كشف أن المدين وقت أن وفى كان مدينا بالفعل .

أما إذا كان الشرط فاسخا وقام المدين بالوفاء فى خلال فترة التعليق فإنه يقوم بأداء دين مستحق عليه ولايستطيع أن يسترد ما أداه مادام الشرط لم يتحقق فإذا تحقق الشرط الفاسخ زال حق الدائن بأثر رجعى ، وكان للمدين أن يسترد مادفع إذ تبين أنه وقت أن دفع لم يكن مدينا فيكون قد دفع غير المستحق [١].

٣- يعتبر عقد التأمين على الحياة عادة معلقا على شرط واقف هو دفع القسط الأول من التأمين ، فإذا دفع المؤمن عليه هذا القسط تحقق الشرط بأثر رجعى . واعتبر عقد التأمين نافذا من وقت التعاقد لا من وقت تحقق الشرط . فلو أن شخصا أمن على حياته ، ثم مات قبل حلول القسط الأول ، ودفع هذا القسط من تركته ، فإن عقد التأمين يعتبر نافذا قبل وفاة المؤمن على حياته ، ومن ثم يكون مبلغ التأمين مستحقا .

---

(١) السنهورى ص ٦٣ - المستشار أنور العمروسى ص ٩٣ .

٤- يكون للدائن تحت شرط واقف إذا تحقق الشرط أن يطعن بالدعوى البوليصية فى تصرفات مدينه حتى ما كان منها سابقا على تحقق الشرط ذلك أن حقه عملا بالأثر الرجعى للشرط يكون محقق الوجود منذ الاتفاق عليه لا منذ تحقق الشرط وبالتالى يعتبر سابقا على تصرف المدين .

٥- إذا نشأ الحق المعلق على شرط واقف فى ظل تشريع معين ثم صدر تشريع جديد يعدل من آثار العقد قبل تحقق الشرط ، ثم تحقق الشرط فإن التشريع الذى يسرى هو التشريع القديم لا التشريع الجديد لأنه عملا بالأثر الرجعى للشرط يكون الحق موجودا منذ البداية أى وقت أن كان التشريع القديم ساريا .

٢٥- ثلاثة استثناءات من قاعدة الأثر الرجعى :

أوردت المادة ثلاثة استثناءات على قاعدة الأثر الرجعى للشرط. إذ فيها ينتج الشرط أثره من وقت تحققه أو تخلفه وهى :

١- إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن وجود الالتزام أو زواله يكون من وقت تحقق الشرط .

يجوز للمتعاقدين أن يستبعدا الأثر الرجعى للشرط . فيجوز لهما الاتفاق على أن وجود الالتزام فى الشرط الواقف أو زواله فى الشرط الفاسخ إنما يكون فى الوقت الذى يتحقق فيه الشرط .

وهذا الاستثناء يبرره أن قاعدة الأثر الرجعي ليست سوى تفسير للإرادة . فمتى استبانت هذه النية على نحو يغاير هذا التفسير تعين التزام ما قصدت إليه[١] .

وهذا الاتفاق يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا . على أنه يجب التشدد فى استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين فى استبعاد الأثر الرجعى ، فإن القانون صرف نيتهما المحتملة إلى استبقاء هذا الأثر ، ولا بد من قيام دليل واضح على أنهما قصدا العكس [٢].

ومثال ما تقدم أن يتعاقد المالك مع سائق سيارة على استخدام الأخير إذا حصل من الجهة الإدارية المختصة على ترخيص فى القيادة ، فمن الواضح أن المالك لم يقصد أن يكون لحصول السائق على الترخيص المذكور أثر رجعى يخول السائق حقوق المستخدم بما فى ذلك الحق فىالأجر المتفق عليه من وقت حصول الاتفاق[٣].

ويجوز الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعى بالنسبة لإحدى نتائجه دون غيرها . فيجوز الاتفاق مثلا على أن الرهون التى

---

(١) الدكتور نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام أحكام الالتزام طبعة ٢٠٠٥ ص ١٩٥- اسماعيل غانم ص ٣٠٣ .

(١) السنهورى ص ٦٥ .

(٣) سليمان مرقس ص ٣٥١ .

يقررها المدين تحت شرط واقف أو الدائن تحت شرط فاسخ تكـــون نافذة فى مواجهة الطرف الآخر إذا ما تحقق الشرط[١] .

٢- طبيعة العقد :

يستبعد الأثر الرجعى إذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه هذا الشرط .

وهذا هو الحال فى العقود الزمنية كعقد الإيجار أو عقد العمــل أو عقد التوريد ، فإذا كان العقد معلقا فيها على شرط فاسخ ، وبقى مدة من الزمن منفذا ثم تحقق الشرط ، فــإن طبيعــة العقــد هنــا تستعصى على الأثر الرجعى، لأن الزمن هنامعقود عليه ، ولا يمكن الرجوع فى الزمن . فلا يكون لتحقق الشرط تــأثير علــى المــدة السابقة ، بل يقتصر أثره على إنهاء العقد [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (أ) فأجاز أولاً استبعاد استناد أثر الشرط بإرادة المتعاقــدين. وفى هذا المعنى تقول المذكرة الإيضــاحية للمشــروع الفرنســى الإيطالى . إن من الأحوال مــا تنصــرف فيــه إرادة المتعاقــدين انصرافا واضحا إلى ترتيب أثر الالتزام من وقت تحقق الشــرط ،

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠٣ .

(٢) السنهورى ص ٦٥- اسماعيل غانم ٣٠٣ - المستشار أنور العمروسى ص ٦٤ .

كما هو الشأن فيمن يلتزم بإلحاق شخص مـا بخدمتـه ، ويعلـق التزامه هذا على شرط معين ، فليس من الميسور عند تحقق هـذا الشرط إلزامه بأن يسند أثر الإجارة إلى الماضى "[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذ كان تحقق الشرط فى عقد الإيجار – واقفا كـان هـذا الشرط أو فاسخا – ليس له أثر رجعـى لأن طبيعـة هـذا العقـد باعتباره عقدا زمنيا يتنافى مع الأثر الرجعى للشرط فـإن وجـود الالتزامات الناشئة عنه إنما يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط طبقا للمادة ١/٢٧٠ من التقنين المدنى " .

(طعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/١/١٠)

ويقاس على هذا طبيعة الإجراء الذى اتخذ كالإجراءات التحفظية التى تم اتخاذها قبل تحقق الشرط الموقف ، والتطهير والشفعة ممن يملك الشرط الفاسخ .

وقد جاء بمذكـرة المشـروع التمهيدى أنـه :

" وأجاز كذلك الخروج على حكم استناد أثر الشرط إذا كانـت طبيعة الإجراء أو التصرف القانونى تقتضى ذلك (كما هو الشـأن فى الإجراءات التحفظية التى تم اتخاذها قبل تحقق الشرط الموقف،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٢٠ومابعدها .

وفى أعمال الإدارة التى تتم قبل تحقق الشرط الفاسخ ، وفى التطهير والشفعة ممن يملك تحت شرط فاسخ"[١].

٤- إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبى لا يد للمدين فيه :

إذا هلك الشئ محل الالتزام بسبب أجنبى ، ثم تحقق الشرط بعد ذلك ، فلا يكون لتحققه أثر رجعى سواء كان الشرط واقفا أو فاسخا[٢].

فإذا كان الشرط واقفا ، كما لو بيعت عين معينة تحت شرط واقف ، ثم هلكت العين بسبب أجنبى قبل تحقق الشرط فقد كان مقتضى الأثر الرجعى للشرط عند تحققه اعتبار الالتزام قد انعقد صحيحا على محل موجود وقت الاتفاق فتطبق قواعد تبعة العقد ، وهى فى القانون المصرى تربط تبعة الهلاك بالتسليم . فيكون الهلاك على البائع إن كانت العين هلكت قبل تسليمها للمشترى ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢١.

(٢) أما إذا كان الشرط ، سواء كان واقفا أو فاسخا ، قد تحقق أولاً ثم هلك الشئ بعد ذلك لسبب أجنبى ، فإن الشرط يحدث أثره الرجعى ، ولايثير الأمر أية صعوبة إذ لن يؤثر ذلك فى أحكام تبعة الهلاك . فلو كان الشرط الذى تحقق قبل الهلاك شرطا واقفا ، فإن الهلاك يكون قد طرأ بعد أن أصبح الالتزام بسيطا غير موصوف ، وتطبيق قواعد تبعة العقد. وإذا كان الشرط فاسخا ، فإن الهلاك يكون قد طرأ بعد أن انفسخ البيع ، فلا يكون هناك التزام عقدى وتطبق قواعد تبعة الشئ .

ويكون الهلاك على المشترى إن كان قد تسلم العين فهلكت فى يده. أما وقد استبعدت المادة (٢٧٠) الأثر الرجعى للشرط ، فإن هـلاك العين يمنع من نشوء الالتزام لانعدام المحل ولا يكون للعقد أثر ولو تحقق الشرط بعد ذلك . فتكون تبعة الهلاك هى تبعة الشئ لا العقد كما لو كان الطرفان لم يتعاقدا أصلا على البيـع ، أى أن هـلاك الشئ يكون على مالكه وهو البائع ، سواء كان الهلاك قبل التسـليم أو بعده [١].

وإذا كان الشرط فاسخا ، وهلكت العين المبيعة بسـبب أجنبـى قبل تحقق الشرط ، فقد كان مقتضى الأثر الرجعى أن يعتبر العقـد كأن لم يكن فيخضع الهلاك لتبعة الشئ لا لتبعة العقـد ، ويكـون هلاك الشئ على مالكه وهو البائع سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده .

أما وقد استبعدت المادة (٢٧٠) الأثر الرجعى للشرط ، فـإن قواعد العقد تكون هى الواجبة التطبيق وترتبط تبعة الهلاك بالتسليم، فإذا كان المشترى قد تسلم العين المبيعة وهلكت فـى يـده لسـبب أجنبى فإن هلاكها يكون على المشترى لا على البائع ولـو تحقـق الشرط الفاسخ بعد ذلك [٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠٤ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٤ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٦٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"(ج) وقضى أخيرا بعدم استناد أثر الشرط ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن . فإذا كان الشرط موقفا وهلك المعقود عليه ، فلا يكون لتحقق الشرط اثر رجعى ، وتقع تبعة الهلاك على المدين فى العقود التبادلية ، وعلى الدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد .

أما إذا كان الشرط فاسخا وهلك المعقود عليه ، قبل تحققه ، فتقع تبعة الهلاك على الدائن عند تحقق الشرط فى العقود التبادلية ، ويتحمل المدين هذه التبعة فى العقود الملزمة لجانب واحد .

وقد اجتزأ المشرع بهذا القدر ولم ينقل حكم المادة ٢٦٩مكررة / ٣٤٠ من التقنين المصرى ، وهى الخاصة بحماية الدائن المرتهن من استناد أثر شرط يجهله . وقد راعى فى ذلك أن علة وجوب هذه الحماية ، هى حالة إبطال عقد مرتب الرهن أو فسخه ، ترجع إلى ما هوملحوظ من احتمال الجهل بسبب الإبطال أوالفسخ ، أما إذا تعلق الأمر بشرط يستند أثره ، فلا عذر للدائن المرتهن فى عدم العلم به "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢١ .

٢٦ـ استثناءات أخرى من الأثر الرجعى للشرط لم ترد بالمادة (٢٧٠ مدنى) :

هناك استثناءات أخرى عن قاعدة الأثر الرجعى للشرط لم يرد النص عليها فى المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى وهى :

١- حماية الغير حسن النية :

يستثنى من قاعدة الأثر الرجعى للشرط الحقوق التى اكتسبها الغير بحسن نية . فإذا كنا بصدد منقول انتقل إلى مالك تحت شرط فاسخ ، وتصرف فيه وسلمه إلى مشتر حسن النية أو رهنه له رهن حيازة ، ثم تحقق الشرط وزالت ملكية المتصرف أو الراهن ، فإن حق المتصرف إليه أو المرتهن لا يسقط مادام حسن النية يجهل الشرط، وذلك استنادا إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية[١].

٢- عدم محو الحيازة المادية للشئ :

إن الأثر الرجعى للشرط لا يمكن أن يمحو واقعة الحيازة المادية للشئ فى أثناء فترة التعليق . ففى تلك الفترة كان الشئ فى حيازة أحد الطرفين . وهذه واقعة مادية لا سبيل إلى إنكارها أو محو أثرها فى الماضى .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٣ ومابعدها .

٣- أعمال الإدارة التى تصدر من الدائن تحت شرط فاسخ :

فهى تظل باقية . وقد نص على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٦٩ مدنى ، وذكرنا فى شرح هذه المادة أن بقاء أعمال الإدارة تسرى أيضا فى حالة الشرط الواقف .

٤- لا يترتب على تحقق الشرط الواقف أن تحتسب مدة التعليق فى احتساب مدة التقادم المسقط . وذلك رغم أن مقتضى الأثر الرجعى أن يعتبر حق الدائن مستحق الأداء من وقت الاتفاق ، إذ لايقبل أن يسرى التقادم فى وقت لم يكن يستطيع الدائن فيه أن يطالب المدين بالتنفيذ . ولذلك نصت المادة ٣٨١/٢ على أنه : ".... لايسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ..... الخ "[1].

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠٦ .

٢ـ الأجـــــل

مـــادة (٢٧١)

١- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع .

٢- ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ، ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

الشـــرح

٢٧ ـ تعريف الأجـل :

الأجل هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، يترتب على حلوله نفـــاذ التزام ، إذا كان الأجل واقفا ، أو انقضاؤه إذا كان الأجل فاسخا

ونعرض فيما يلى لخصائص الأجل .

١- الأجل أمر مستقبل :

الأجل أمر مستقبل . والأجل فى هذه الصفة يتفق مع الشـــرط ، فكلاهما أمر مستقبل . ولا يجوز أن يكون الأجل أمرا وقـــع وقـــت نشوء الالتزام . فلو حدد المدين أجلا لتنفيذ التزامه عودة أول فـــوج من الحج ، غير عالم بأن هذا الفوج قد وصل فعلا ، يكون التزامه قد نشأ منجزا . أو إذا جعل الملتزم من موت شخص معـــين أجـــلا لتنفيذ التزامه ، فى حين أن هذا الشخص يكون قد مات قبل انعقـــاد

التصرف دون أن يعلم الملتزم بذلك ، يكون الالتزام فى هذه الحالة منجزا [(١)].

٢- الأجل أمر محقق الوقوع :

الأجل أمر محقق الوقوع وهو، فى هذه الصفة يختلف عن الشرط. فالأجل - على خلاف الشرط- أمر محقق الوقوع . وإن كان يجوز أن يكون وقت حلوله غير معروف .

على أن ميعاد حلول الأجل قد يكون معلوما ، وقد يكون مجهولا ، ومع ذلك يبقى الأجل محقق الوقوع .

ومعنى هذا أن الأجل قد يكون أجلا معينا (أو محددا أو أكيدا) كأول الشهر أو أول السنة . وقد يكون الأجل غير معين (أو غير محدد أو غير أكيد) إذا كان محقق الوقوع ولكن تاريخ حلوله غير محدد . كأجل الوفاة . فإذا التزم شخص بدفع مبلغ معين فى يوم وفاة آخر كان هذا أجلا ، وهو أجل غير معين [(٢)].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع . وغنى عن البيان أن تحقق الوقوع هو الفارق الجوهري بين الشرط والأجل ، وأن هذا الفارق هو علة عدم استناد أثر الثانى دون الأول .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ١٢٠ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٣ ومابعدها .

وليس يستلزم اعتبار الأجل أمرا محققا وجوب التيقن من الوقت الذى يقع فيه . فمشخصات الأجل تتوافر فى الموت رغم انتفاء التيقن من حينه ، لأن وقوعه أمر محقق لا شبهة فيه "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الموت وإن كان لا يدرى أحد متى يأتى إلا أنه محقق الوقوع ومن ثم كان أجلا غير معين وهو ما عنته الفقرة الثانية من المادة ٢٧١ من القانون المدنى بما جرى به نصها من أنه " ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه " .

(طعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٧)

٢٨- أنواع الأجل من حيث مصدره :

ينقسم الأجل من حيث مصدره إلى أنواع ثلاثة هى :

١- أجل اتفاقى :

الأجل الاتفاقى مصدره اتفاق المتعاقدين . وهو قد يكون محددا بمقتضى تعبير صريح ، وقد يكون ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد أو من طبيعة الالتزام .

فمثلا إذا تعهد مقاول بإقامة مبنى أو مؤلف بوضع كتاب ، فإن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٤ ومابعدها .

طبيعة المتعهد به يقتضى حدا أدنى من الوقت يلزم لتنفيذه فيعتبر هذا الحد الأدنى من الزمن أجلا محددا ضمنا لتنفيذ الالتزام مادام لم يوجد اتفاق صريح على تحديد أجل أطول منه [١].

وكما فى الالتزام بتوريد أغذية للمدارس ، فهو التزام مضاف إلى أجل واقف هو موعد بدء الدراسة وإلى أجل فاسخ هو موعد انتهائها . وكما لو كان الالتزام التزاما بعمل يقتضى إتمامه مدة من الزمان ، كالتزام الناقل بتسليم البضاعة والتزام المقاول بتسليم المنزل كليهما مضاف إلى أجل واقف ، ولو لم يحدده المتعاقدان صراحة ، يتمثل فى المدة اللازمة لنقل البضاعة أو إتمام المنزل. والقاضى هو الذى يحدد مدة الأجل فى مثل هذه الحالات ، مسترشدا فى ذلك بظروف التعاقد والعادات الجارية [٢].

٢٩ـ الأجل الإرادى المحض :

إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٤ ومابعدها .

(٢) اسماعيل غانم ص ٢٧٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل ".

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧)

٢- (أ)- " النص فى المادة ٢٧١ من القانون المدنى على أن "١- يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتبا على أمر مستقبل محقق الوقوع. ٢- ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه " . مؤداه أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود وإنما يكون نفاذه مترتبا على حلول الأجل فإذا اتفق على تأخير تنفيذ الالتزام إلى وقت القيام بعمل متعلق بإرادة المدين فإن ذلك يعد اتفاقا على أجل غير معين ، للدائن الحق فى أن يدعو المدين إلى القيام بالعمل الموكول لإرادته أو يطلب من القاضى أن يحدد أجلا معقولا للقيام بهذا العمل ، فإذا لم يقم المدين بالعمل خلال هذا الوقت المعلوم المحدد له من الدائن أو الذى منحه القاضى له ، أصبح الأجل معينا بانتهاء هذا الوقت ، ويصير الالتزام نافذا ، ويتعين على المدين تنفيذه إذا ما أعذره الدائن ، ويكون لهذا الأخير إجباره على القيام بما التزم به ".

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

(ب) - " البين من الأوراق - وعلى ما حصله الحكم المطعون فيه- أن عقد الاتفاق المؤرخ ١٩٧٠/١٠/٩ تضمن مشاركة كل من الطاعن والمطعون عليه الثانى للمطعون عليه الأول فى الصفقة محل عقد البيع المؤرخ ١٩٧٠/٥/٣ بحق الثلث لكل منهما وأن ذلك مشروط بقيام المطعون عليه الأول ببيع العقار كله بعد أن فوضاه فى ذلك ، وأنه يبين من مدونات الحكم أنه كيف الالتزام الوارد بالبند الثالث من عقد الاتفاق المذكور أنه التزام لأجل غير معين موكل لإرادة المطعون عليه الأول وليس تعليقا على شرط واقف ، مما مؤداه أن هذا الالتزام هو حق كامل الوجود مترتب نفاذه على حلول الأجل الذى يدعو له الدائن أو يعينه القاضى ، ومن ثم فقد حق للدائن أن يدعو المدين لتنفيذ التزامه تعجيلا لهذا الأجل ، أو يطلب من القاضى تحديد وقت معلوم لنفاذ هذا الحق ، وكانت صحيفة الدعوى المبتدأة قد اشتملت على دعوة الطاعن للمطعون عليه الأول للقيام ببيع عقار التداعى خلال شهر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى برفض دعوى الطاعن على قالة إن الالتزام معلق على أجل غير معين وعلى إرادة المطعون عليه الأول ومن ثم فهو لا يخول الدائن التنفيذ الجبرى ضد المدين ورتب على ذلك عدم أحقية الطاعن فى المطالبة بالتنفيذ العينى ودون أن يبحث أثر الإنذار الموجه من الطاعن للمطعون

عليه الأول لتعجيل الأجل الوارد بالاتفاق أو يعـين أجـلا معقـولا للمدين لتنفيذ التزامه إذا قدر عدم كفاية الأجل الذى حدده له الطاعن وما يرتبه القانون على ذلك من آثار فإنه يكون معيبا ".

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

٢- أجل قانونى :

وهو الأجل الذى يكون القانون مصدره . أى يكون هذا الأجـل فى الحالات التى يفرض فيها القانون التزاما معينا ويحـدد لتنفيـذه أجلا كالالتزام بدفع الضريبة العامة على الإيراد فى ميعاد لايجاوز أول أبريل من كل سنة .

وما يحدده القانون من أجل منهى لحق الانتفاع هو وفاة المنتفع.

وكذلك فى حالة الالتزامات التى تنشأ بين الأفـراد إذا تـدخل المشرع بسبب حرب أو غزو أو أزمـة اقتصـادية فقـرر وقـف المطالبة بالديون المستحقة مدة معينة ، فإن هذه المدة تعتبر أجـلا محددا قانونا ويتوقف على حلوله نفاذ الالتزام .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" أفصح المشرع فى القانونين رقمى ٢٦٩، ٢٧٢ لسنة ١٩٦٠ عن إرادته فى التدخل بسبب ظروف اقتصادية خاصة قرر إزاءهـا وقف المطالبة بالديون المستحقة على شركات الأدويـة المسـتولى لديها خلال مدة معينة ، وهذه المدة إنما تعتبر أجلا محـددا قانونـا

يتوقف على حلوله نفاذ الالتزام بمعنى أن الالتزام نشأ منجزا ولكنه تحول أثناء التنفيذ إلى التزام مؤجل بناء على تدخل المشرع morotorium وإذ أراد المشرع بصريح عبارة القانونين المذكورين، مجرد تأجيل الديون المستحقة بعد سريان القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ دون أن يتدخل فى تعديل الاتفاق على الفوائد المعتبر شريعة المتعاقدين ، وكان المشرع قد قرر بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ الاستيلاء على المستحضرات الطبية لدى شركات القطاع الخاص التى تتجر فى الأدوية ونظم أحكام هذا الاستيلاء تمشيا مع سياسة الدولة الاشتراكية حتى لا تتضخم أرباح هذه الشركات على حساب السواد الأعظم من أبناء الشعب بالتحكم فى السوق ورفع الأسعار ، فإن أثر هذا التأجيل يقتصر – أخذا بالعلة التى أرادها المشرع وبالقدر الذى توخاه منها – على أصل الدين دون ايقاف سريان فوائده وإلا لكان فى ذلك مغنم لهذه المنشآت الأمر الذى لم يدر فى خلد المشرع بل ويتعارض مع أهدافه ".

(طعن رقم ٤١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠)

٣- أجل قضائى :

وهو الأجل الذى يكون مصدره القضاء، إذ يجيز القانون للقاضى أن يمنح المدين الحسن النية أجلا أو آجالا معقولة للوفاء . ويسمى الأجل القضائى نظرة الميسرة أو الأجل الممنوح .

هذا ويطلق على كل من الأجل الاتفاقى والأجل القانونى terme de droit " الأجل المستحق قانونا " أى الذى يحق للمدين التمتع به ، وذلك ليقابل الأجل الذى مصدره القضاء ويسمى الأجل المتفضل de grâce أو الأجل الممنوح أو نظرة الميسرة[1].

٣٠ـ الأجل الواقف والأجل الفاسخ :

ينقسم الأجل من ناحية أثره إلى أجل واقف وأجل فاسخ .

فالأجل الواقف ، هو الذى يؤخر نفاذ الالتزام أو بعبارة أخرى يترتب على حلوله أن يصبح الالتزام واجب التنفيذ مستحق الأداء ، كالتزام المقترض برد قيمة القرض فى تاريخ معين .

وكالتزام المشترى بثمن مقسط إذ يقترن بآجال متتابعة هى مواعيد حلول الأقساط وكذلك مثل تعهد مقاول بإقامة بناء فى مدة معينة .

أما الأجل الفاسخ أو المنهى . فهو يؤدى إلى وضع حد لتنفيذ الالتزام ، بحيث يترتب على حلوله انقضاء الالتزام وانتهاء تنفيذه . ومثاله التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة فهو معلق على أجل فاسخ هو التاريخ المحدد لانتهاء عقد الإيجار[2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٥ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢١٤ – محمد لبيب شنب ص ٣٠٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ٢- وينطوى تعريف الأجل على عناصر التفرقة بين الأجل الموقف ، وهو ما يتوقف عليه نفاذ الالتزام والأجل الفاسخ وهو ما يضاف إليه زواله.

٣- ويراعى أن الإضافة إلى الأجل وصف من الأوصاف التى تلحق الالتزام لا العقد ، وقد تقدم بيان ذلك فى معرض بسط الأحكام المتعلقة بالشرط "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥ .

مـادة (٢٧٢)

إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسبا لحلول الأجل ، مراعيـا فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضيا منــه عنايــة الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه .

الشــرح

٣١ـ الوفاء عند المقـدرة أو الميسرة :

إذا اتفق الطرفان على أن يكون الوفاء بالالتزام " عند المقــدرة أو الميسرة " أو " عند الإمكان " . فإن هذا الاتفاق لو حمل محمــل الشرط لكان معنى هذا أن الالتزام غير موجود وقد لا يوجد أصلا ، فقد يظل المدين غير قادر على الوفاء إلى وقــت وفاتــه فيمــوت معسرا ، فلا يكون للدائن فى هذه الحالة أن يشترك مــع الــدائنين الآخرين فى قسمة أموال التركة قسمة غرماء . إما إذا حمل مثــل هذا الاتفاق محمل الأجل فإن التزام المدين يكون التزامــا مؤكــدا أضيف نفاذه إلى أمر مستقبل هو وفاته على الأكثر ، فيكون للدائن أن ينفذ بحقه على أموال التركة ولو كان المدين قد توفى معسرا .

وقدوضع المشرع بالمادة (٢٧٢)قرينة بمقتضاها يعتبر مثل هذا الاتفاق إضافة إلى أجل لاتعليقا على شرط ، فيوجد الالتزام بمجرد الاتفاق، وعلى المدين أن يبذل الجهد المعقول فى سبيل الوفاء به .

على أن الأمر لا يعدو مجرد قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها. فإذا ثبت أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى جعل الاقتدار أو الميسرة شرطا ، كان وجود الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا تطبق المادة ٢٧٢ ، وإذا توفى المدين معسرا فإن الالتزام يتخلف نهائيا[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يقع أحيانا أن يغفل المتعاقدان تحديد أجل للوفاء بالالتزام ، ويتفقا على أن يفى المدين عند المقدرة أو عند الميسرة (أو عند الإمكان أو حسب الإمكان) ويعتبر مثل هذا الاتفاق عند الشك صورة من صور الإضافة إلى الأجل ، لا ضربا من ضروب التعليق ..

وغنى عن البيان أن عقد الوفاء بالاقتدار ، لو حمل محمل الشرط ، لجاز أن يمتنع الوفاء على المدين أبدا ، وأن يمتنع حلول الدين حتى بعد موته . أما إذا اعتبر أجلا ، فيلزم المدين بالوفاء

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٧٤- عبد المنعم الصده ص ١٨ ومابعدها .

إلزاما ناجزا أو مؤكدا ، ويصبح الدين مستحق الأداء عند الوفاة على الأكثر "[١].

٣٢ـ تحديد القاضى الميعاد الذى يراه مناسبا لاستحقاق الدين :

إذا لم يتضح من إرادة الطرفين أنها انصرفت إلى أن تجعل من الاقتدار شرطا للوفاء ، فقد رأينا فى البند السابق أن الالتزام يكون مضافا إلى أجل .

وفى هذه الحالة يجوز للدائن أن يحدد أجلا للوفاء الذى تتحقق منه المقدرة أو الميسرة وذلك إما باتفاقه مع المدين أو بحكم من القضاء.

وعلى القاضى عند تحديد هذا الأجل مراعاة موارد المدين الحالية والمستقبلة مفترضا فيه عناية الشخص الحريص على الوفاء بديونه ولو كانت عناية المدين أدنى من ذلك ، فالشخص الحريص يكتفى بالضروريات وفقا لحالته الاجتماعية وما يجاوزها يكون محلا للوفاء ، فإن لم يتم الاتفاق وعجز القاضى عن تحديد الأجل لم يكن أمام الدائن إلا انتظار أقرب الأجلين الميسرة أو وفاة المدين ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٧ .

ولكن إن تحدد الأجل وعند حلوله ادعى المدين أنه معسر ، فللدائن التنفيذ عليه جبرا [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"يراعى أن النص عهد إلى القاضى بمهمة تحديد الميعاد المناسب الذى يستحق أداء الدين بانقضائه ، بعد أن أقام قرينة على انصراف نية المتعاقدين عند الشك ، إلى الإضافة دون التعليق (أنظر المادة ١١٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٩٣ من التقنين البولونى ، وقارن الفقرة الثانية من المادة ٧٤٣ من التقنين البرتغالى ، وهى تقضى بأنه إذا كان الدين لايستحق الأداء إلا عند اقتدار المدين ، فليس للدائن أن يجبره على الوفاء إلا أن يقيم الدليل على اقتداره ، على أن الأمر لا يعدو مجرد إقامة قرينة بسيطة يجوز الاتفاق على عكسها .

فإذا لم يتفق على خلاف مفهومها تعين انصراف نية المدين جديا إلى بذل ما يستطيع من جهد معقول، فى سبيل الوفاء بتعهده . ويكون من واجب القاضى تفريعا على ذلك أن يعتد بجميع الظروف فى تحديد الميعاد المناسب لحلول الأجل ، فيراعى بوجه خاص موارد المدين الحالية والمستقبلة ، وما ينبغى أن يبذل من عناية

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٧١ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ١٩.

معقولة فى سبيل الوفاء ، شأنه من هذا الوجه شأن أى رجل يحرص على الوفاء بالتزاماته "[1].

٣٣ـ لايجوز منح مهلة ميسرة فى الدين التجارى :

تنص المادة ٥٩ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أنه : " لايجوز للمحكمة منح المدين بالتزام تجارى مهلة للوفاء به أو تقسيطه إلا عند الضرورة وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن " . فقد حظرت المادة على المحكمة منح المدين بالتزام تجارى مهلة للوفاء به أو تقسيطه . إلا أنها أجازت استثناء من هذا الحظر حالة الضرورة أى وجود ضرورة تؤدى إلى تأخير المدين فى الوفاء بالتزامه أو تبرر تقسيط هذا الالتزام كما فى حالات الركود الاقتصادى أو الأزمات مثل وقوع بعض الأحداث التى تمنع المدين عن الوفاء بالتزامه لا ترجع إليه بالضرورة ولكن بشرط ألا تلحق هذه المهلة أو تقسيط الدين ضررا جسيما بالدائن التاجر، كما لو كان هذا الأخير مدينا بأوراق تجارية أو التزامات أخرى لا تحتمل التأخير كأقساط التسهيلات الائتمانية الممنوحة من أحد المصارف مما قد يعرضه للإفلاس .

وقد حدا المشرع إلى هذا النص أهمية الدور الذى يلعبه الائتمان

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٧ .

فى الحياة التجارية ، ولتشابك علاقات الائتمان بها ، الأمـــر الـــذى يعظم من مخاطر تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه التجـــارى علـــى مصالح الدائنين [١].

وعلى هذا يعتبر نص المادة (٥٩) من قانون التجارة اســـتثناء على نص المادة ٢٧٢ من التقنين المدنى .

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى شرح قانون التجـــارة الجديـــد المجلد الثانى شرح المادة (٥٩) .

مــادة (٢٧٣)

يسقط حق المدين فى الأجل :

١- إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقا لنصوص القانون .

٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تــأمين خاص ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقــد لاحــق أو بمقتضــى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ، أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيــه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

الشــرح

٣٤ـ حالات سقوط الأجل :

تنص المادة على حالات ثلاث يسقط فيها حق المدين فى الأجل، والمقصود هنا هو الأجل الواقف دائما .

وهذه الحالات هى :

١- شهر إفلاس المدين أو إعساره :

يسقط الأجل إذا شهر إفلاس المدين إن كان تاجرا أو شــهر إعساره إن كان غير تاجر .

والحكمة من ذلك أن الدائن لم يرض بالأجل إلا لثقته فى يســار المدين ، كما أن إسقاط آجال الــديون تقتضــيه ضــرورة تحقيــق المساواة الفعلية بين الدائنين إذ بذلك يســتطيع الــدائنون المؤجلــة

ديونهم أن يشاركوا أصحاب الديون الحالة فى التنفيذ فـورا علـى أموال المدين المعسر أو المفلس ، بدلا من الانتظار لحـين حلـول آجال ديونهم فيتقدم عليهم أصحاب الديون الحالة ، وقد لا يبقى من أموال المدين شئ بعد ذلك.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تواجه هذه المادة حكم سقوط حق المدين فى الأجل المضروب لمصلحته ، فالمدين يحرم من الانتفاع بهذا الحق فى أحوال ثـلاث تكفل النص ببيانها :

أولاها : حالة إشهار الإفلاس أو الإعسار . فإذا أشهر إعسار المدين سقط حقه فى الأجل بحكم القانون ، ما لم تقـض المحكمـة بالإبقاء على هذا الأجل ، وفقا للأحكام المقررة فى هذا الشأن. ويراعى كذلك ، أن للمدين بعد انتهاء حالة الإعسار أن يطلب إعادة الـديون التى كانت قد حلت بسبب إشهار الإعسار ، ولم يتم الوفاء بها، إلى أجلها السابق ، متى كان قد أدى جميع ما حل من أقساطها"[1].

٢- إضعاف التأمينات الخاصة :

تنص الفقرة الثانية من المادة على سقوط حق المدين فى الأجل .... (٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الـدائن مـن

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣١ .

تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قـد أعطـى بعقـد لاحـق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التـأمين أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المـدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا ".

وواضح من النص أن إضعاف الضمان العلم لا يكفى لسـقوط الأجل، فإذا أهلك المدين عينا من أعيانه لم يرد عليها حق خـاص لأحد دائنيه أو أهملها إلى أن تلفت ، فلا تسقط آجال ديونه ولو أدى ذلك إلى عدم كفاية أمواله لسداد ما عليه عن ديون ، بل يجـب أن يصدر حكم بشهر إفلاسه أو إعساره . فالمقصود هو ما قد يكـون للدائن من تأمين خاص على عين معينة .

ويستوى أن يكون التأمين الخاص قدرتب بعقد معاصر أو لاحق لنشوء الدين (كالرهن) أو بنص القانون (كالامتياز) ، كما إذا كان البائع قد أجل الثمن وله امتياز على المبيع فأضعف المشترى هـذا التأمين الخاص .

غير أن ذلك لا يسرى على حقوق الامتياز العامة ، فلا تعتبـر تأمينا خاصا على المعنى المقصود بالمادة .

كما يجوز أن يكون التأمين الخاص مقررا بحكم القضاء كحـق الاختصاص رغم أن القانون لم يشر إلا للتأمين المقدم من المدين أو

المقرر بمقتضى القانون ، وذلك لعدم وجود علة للتفرقة بين حق الاختصاص وسائر أنواع التأمينات [١].

والمقصود بإضعاف التأمين ، الإضعاف الجسيم أى يكون إضعافا إلى حد كبير ، بحيث يقل التأمين عن قيمة الدين بحيث لايعطى للدائن ضمانا كافيا للحصول على كامل حقه .

أما إذا ضعف الضمان الخاص ضعفا يسيرا ، وبقى بالرغم من ذلك كافيا لضمان الدين كفاية ملحوظة فذلك لايبرر سقوط الأجل[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٨١ – محمد لبيب شنب ص ٣١٢– عبد المنعم الصده ص ٣٣ – وعكس ذلك السنهورى جـ٣ ص ١٠١ ومابعدها– المستشار أنور طلبه ص ٦٧٣ ومابعدها فيذهبان إلى أنه لا يتصور أن يكون هذا التأمين الخاص هو اختصاص مصدره القضاء ، فإن المفروض فيما نحن بصدده أن الدين مؤجل ، والدين المؤجل لايمكن أن يضمنه حق اختصاص ، إذ الاختصاص لا يؤخذ إلا بموجب حكم واجب التنفيذ ؛ وهذا يفترض حتما أن الدين مستحق الأداء– ويرد على ذلك أنه من المتصور أن يكون الدين مستحق الأداء ويحصل الدائن على حق اختصاص ثم يتفق مع المدين على تأجيل الدين بعد أن اطمأن إلى ضمانه (اسماعيل غانم ص ٢٨١ هامش ٢) .

(٢) السنهورى ص ١٠٢– نبيل إبراهيم سعد ص ٢٠٣– محمود جمال الدين زكى ص ١٢٢ – وحال عرض مشروع المادة فى لجنة المراجعة تساءل أحد أعضاء اللجنة عن مدى ما تؤديه عبارة " إضعاف التأمين إلى حد كبير " فأجاب الرئيس " بأن مجرد الإضعاف لا يكفى لسقوط

ولا يعد إضعافا للتأمين أن يرتب المدين على العين المرهونة لضمان الدين المؤجل رهنا آخر ، حتى لو قيد الرهن الثانى قبل قيد الرهن الأول بإهمال الدائن ذى الدين المؤجل ، لأن إهماله لا فعل المدين هو الذى أضعف التأمينات ، ومن حق المدين أن يرهن العين المملوكة له مرة ثانية وثالثة الخ . ولكن إذا تواطأ المدين مع الدائن المرتهن الثانى ليعجل هذا قيد رهنه قبل قيد الرهن الأول ، كان هذا إضعافا للتأمين بفعل المدين ، بل بغشه وتواطئه فيسقط الأجل [1].

ولبيان أثر إضعاف التأمين الخاص فى أجل الالتزام المضمون يجب التمييز بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون إضعاف التأمين الخاص راجعا إلى فعل المدين ، سواء كان فعلا عمديا أو مجرد إهمال ، فللدائن الخيار بين أن يطالب بأداء الدين فى الحال ، أو أن يطالب بتأمين إضافى يكمل به التأمين الأصلى مع استبقاء الأجل .

الأجل وإنما يكون بحيث تقل التأمينات عن قيمة الدين " . ووافقت اللجنة على ذلك وأقرت المادة على أصلها ... الخ " .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢) .

(١) السنهورى ص ١٠٢ هامش (٣) .

الفرض الثانى :

أن يكون إضعاف التأمين راجعا لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه كما إذا انهدم العقار المرهون بقوة قاهرة ، فإن الأجل يسقط . ولكن للمدين أن يمنع هذا السقوط بأن يقدم للدائن ضمانا كافيا ، أى أن الخيار فى هذه الحالة للمدين .

ويكفى أن يقدم الدين ضمانا كافيا ، فليس على المدين تكملة التأمين الأصلى إذا كانت قيمة ذلك التأمين تزيد كثيرا عن الدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" والثانية ، حالة إضعاف التأمينات الخاصة التى تنشأ لضمان الوفاء بالدين. وينصرف حكم النص إلى كل تأمين خاص، ولو كان قد أنشئ بمقتضى عقد لاحق لنشوء الدين (كرهن رسمى إضافى رتب فيما بعد) أو بمقتضى نص فى القانون (كحق امتياز) أو بمقتضى حكم من القضاء (كحق الاختصاص) . أما إضعاف الضمان العام ، وهو ما يتناوله أموال المدين فى جملتها ، فلا يكفى بمجرده لسقوط الأجل . بيد أنه ينبغى التفريق بين فرضين ، فيما يتعلق بإضعاف التأمينات الخاصة .

فإذا كان إضعاف هذه التأمينات قد حدث بفعل المدين ، فللدائن الخيار بين استئداء الدين فور الوقت وبين المطالبة بتأمين إضافى ، فثمة التزام تخييرى تثبت رخصة الخيار فيه للدائن . أما إذا كان

إضعافها يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فيسقط الأجل أيضـ ، ولكن للمدين أن يتوقى هذا السقوط بأن يقدم للـدائن تأمينـا إضافيا ، فثمة التزام بدلي يوكل أمر الإبدال فيه إلى المدين "[١].

غير أن حق المدين فى الأجـل لا يسـقط إذا كـان إضـعاف التأمينات بفعل الدائن نفسه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يدل نص المادة ٢٧٣ من القانون المدنى علـى أن حـق المدين فى الأجل لا يسقط إذا كان إضعاف التأمينات بفعل الـدائن نفسه . وللدائن المرتهن شأنه شأن صاحب أى حق عينى آخر- أن ينزل عن رهنه دون أن يرجع فى ذلك إلى إرادة المدين الراهن".

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١)

٢- "متى كان الدائن المرتهن قد تسلم الأطيان المرهونة وظلت فى حيازته وكان هو الذى تخلى عن حيازة هذه الأطيان باختيـاره فإنه يكون هو المسئول وحده عن إضعاف التأمينات " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٢/١١).

٣- عدم تقديم المدين ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات :

إذ تضمن عقد الدين وعدا من المدين بتقديم تأمين خاص ، رهن أو كفالة ثم لم يقدمه فإن الأجل يسقط حتى لو قدم تأمينا خاصا آخر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢ .

وكان هذا التأمين كافيا ، لأن الدائن لم يرهن بالأجل إلا اعتمادا على التأمين الموعود وسقوط الأجل هنا بخطأ المدين ، فلا يترتب على سقوط الأجل أن ينتقص من الدين شئ فى مقابله .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... والثالثة ، حالة تخلف المدين عن تقديم ما وعد بتقديمه فى العقد من تأمينات خاصة . ذلك أن المفروض فى تلك الحالة أن الأجل لم يضرب إلا اعتمادا على هذه التأمينات ، فهو يسقط عند تخلف المدين عن تقديمها "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢ .

مــادة (٢٧٤)

١- إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن ، حتــى قبل انقضاء الأجل ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ بــه علــى حقوقه. وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول .

٢- ويترتب على انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتــزام ، دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى .

الشــــرح

الآثار التى تترتب على إضافة الالتزام إلى أجل :

٣٥ـ أولاً : الالتزام المضاف إلى أجل واقف :

يتعين التفرقة فى بيان الآثار التى تترتب على الالتزام المضاف إلى أجل واقف بين الآثار التى تترتب قبل حلول الأجل وبين الآثار التى تترتب بعد حلوله .

(أ) الآثار التى تترتب قبل حلول الأجل :

إذا أضيف الالتزام إلى أجل واقف كما فى التزام المشترى بدفع باقى الثمن بعد سنة من تاريخ البيع ، ترتب على ذلــك أن يكــون للدائن (البائع) من قبل حلول هذا الأجل حق مؤكد الوجــود ولكنــه غير مستحق الأداء بعد .

ويترتب على أن حق الدائن حق مؤكد الوجود ، لا مجرد معلق على شرط النتائج الآتية :

١- أن جميع الآثار التى تقدم أنها تترتب على الحـق المعلـق على شرط واقف تترتب من باب أولى على الحق المضـاف إلـى أجل فيجوز للدائن أن يتصرف فيه إلى الغير، كما ينتقل إلى ورثته فيمكن أن ينتقل الحق المؤجل إيجابا وسلبا ، أى من ناحية الدائن أو من ناحية المدين ، وذلك بطريق الحوالة أو الإرث.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ مدنى يدل على أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصفا يلحق الالتزام إلا أنهما يختلفان فـى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف، بينما لا يكون الالتزام المعلق على شرط محققا فى قيامه أو بزوالـه إذ بـالالتزام المضاف إلي أجل يكون محققا فى وجوده ولكنه مؤجـل النفـاذ أو مؤجل الانقضاء ".

(طعن رقم ١٦٧٩ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٩١/١٠/١٠)

٢- " المقرر – فى قضاء المحكمة- أن مفاد النص فى المادتين ٢٦٥، ١/٢٧١ من القانون المدنى أنه وإن كان كل من الشرط والأجل وصف يلحق الالتزام إلا أنهما يختلفان فى قوامهما اختلافا ينعكس أثره على الالتزام الموصوف فبينما الشرط أمر مستقبل غير

محقق الوقوع يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله فإن الأجل لايكون إلا أمراً مستقبلاً محقق الوقوع مما يجعل الالتزام الموصوف به حقا كامل الوجود ".

(طعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٢٤)

٢- يجوز للدائن أن يتخذ الوسائل اللازمة للمحافظة عليه . وقد نصت المادة على ذلك صراحة .

ومثال هذه الإجراءات قيد الرهن الذى يضمن حق الدائن ، وتجديد هذا القيد إذا مضت عليه عشر سنوات ، والتدخل فى الإجراءات المتخذة لقسمة الأموال التى يكون المدين فيها شريكا على الشيوع (م٨٣٢) ، وإقامة الدعوى غير المباشرة نيابة عن المدين ، والطعن فى تصرفات المدين بالصورية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- وللدائن بالتزام مضاف إلى أجل موقف أن يتخذ من الإجراءات ما يكفل له المحافظة على حقوقه ، حتى قبل انقضاء هذا الأجل ، فله على الأخص أن يطالب بتأمين إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره ، واستند فى ذلك إلى سبب معقول ، فإذا لم يقدم المدين التأمين المطلوب ، كان للدائن أن يطالب بسقوط الأجل ، قياسا على الحالة التى واجهتها المادة ٣٩٦ فى فقرتها الثالثة "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٥ .

٣- للدائن إذا خشى إفلاس المدين أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول ، أن يطالب المدين بتقديم تأمين يضمن الوفاء بالتزامه عند حلول الأجل، ولو لم يكن المدين ملزما قانونا أو اتفاقا بتقديم أى تأمين .

٤- إذا وفى المدين بالالتزام رغم علمه بأن أجله لم يحل بعد ، فلا يجوز له استرداد ما وفاه [1].

ويترتب على كون الالتزام قبل انقضاء الأجل غير مستحق الأداء ما يأتى :

١- لا يستطيع الدائن إجبار المدين على الوفاء قبل حلول الأجل. فإذا رفع الدائن دعوى المطالبة بالالتزام قبل انقضاء الأجل، وجب رفض هذه الدعوى ، ولو حل الأجل خلال نظرها ، لأن حق المدعى يجب أن يكون مستحقا وقت رفع الدعوى .

٢- لا يستطيع الدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه ولا أن يطعن فى تصرفات مدينه بالدعوى البوليصية قبل حلول أجل الدين .

٣- لا تسرى مدة تقادم حق الدائن قبل انقضاء أجله ، لأن مدة التقادم إنما تحسب ابتداء من الوقت الذى يستطيع الدائن فيه أن يطالب بحقه ، والدائن ليس له أن يطالب بحق مؤجل لم ينقض أجله بعد .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٥٨ – محمود جمال الدين زكى ص ١٢١.

٤- لاتجوز المقاصة بين الحق المؤجل وحق آخر منجز [١].

(ب) الآثار التى تترتب بعد حلول الأجل :

يحل الأجل الواقف بانقضائه ويكون انقضـــاء الأجـــل بالمـــدة المعينة له . فإذا كان الالتزام مستحق الأداء فى آخر ديسمبر القادم انقضى أجله بانتهاء هذا العام، وإذا كان مستحق الأداء بعد شهر أو سنة من تاريخه انقضى أجله بحلول مثل هذا اليوم من الشهر التالى أو السنة التالية ، وإذا كان الأجل ستين يوما فلا يحسب يوم نشـــوء الالتزام وتبدأ الستون يوما من اليوم التـــالى ولا يحـــل الأجـــل إلا بانقضاء اليوم الستين ، أى أن الالتزام يصير مســـتحق الأداء مـــن أول اليوم الواحد والستين [٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣١٤ – سليمان مرقس ص ٣٥٨ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٦٠ – وكانت المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدى تنص على طريقة احتساب الميعاد ، فنصت فى فقرتيها الثانية والثالثة على أن : " إذا جعل مبدأ سريان الأجل من وقت وقوع أمر معين فـــلا يحسب اليوم الذى يقع فيه هذا الأمر عند حساب الأجل .

إذا كان الميعاد بالأيام فيحسب اليوم من منتصف الليلة على منتصـــف الليلة التالية.

وإذا كان بالأسابيع أو بالشهور أو بالسنين فإنه ينقضى فى اليوم الـــذى يتفق فى تسميته أو فى تاريخه مع اليوم الذى بدأ فيه الميعاد ، فإن لـــم يوجد مثل هذا اليوم فى الشهر الأخير فإن الأجل ينقضى فـــى اليـــوم

ويلاحظ أن حلول الأجل الذى أضيف إليه التزام واقف لايغنى عن وجوب الإعذار ، فحلول الأجل يجعل الالتزام مستحق الأداء ، ولكنه لا يكفى لاعتبار المدين متأخرا فى الوفاء ، فالتأخير لايتحقق إلا بالإعذار ، وهذا ما لم يتفق على خلاف ذلك (١).

ويترتب على حلول الأجل الواقف استحقاق الوفاء بالالتزام الذى كان نفاذه قبل ذلك معلقا عليه . وتتفرع على ذلك النتائج الآتية وهى عكس النتائج التى كانت تترتب على الأجل قبل حلوله وهى :

١- يصبح الوفاء بالالتزام واجبا على المدين ، أى أنه إذا وفى به مختارا فلا يجوزله بعد ذلك أن يسترد ما وفاه كله أو بعضه، وإذا لم يوف باختياره أمكن جبره على الوفاء بعد إعذاره .

الأخير من هذا الشهر . وإذا كان الأجل نصف شهر فتكون مدته خمسة عشر يوما مهما كان عدد أيام الشهر " .

وفى لجنة المراجعة اقترح معالى السنهورى باشا حذفها " لأنها تتضمن حكما تفصيليا لا ضرورة له " فوافقت اللجنة على ذلك .

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤ ومابعدها).

فهذه المادة لم يكن فيها جديد بل اقتصرت على تلخيص القواعد المتبعة فى هذا الصدد .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤ عبد المنعم الصده ص ٢١ .

٢- يجوز للدائن اتخاذ الوسائل التنفيذية للوصول إلى حقه والطعن في تصرفات مدينه من طريق الدعوى البوليصية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ٢٧١ من القانون المدني أن الحق المقترن بأجل حق كامل الوجود ، وإنما يكون نفاذه مترتبا على حلول الأجل ".

(طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧).

٢- (أ)- لئن كان حق الدائن في الالتزام المعلق على شرط واقف- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو مما ينظمه القانون ويحميه ولا يعد هذا الحق نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، غير أن الشرط يعتبر قد تحقق إذا وقعت الواقعة المشروطة وبها يتأكد وجود الالتزام ونفاذه بعد أن كان موقوفا وبما يجيز للدائن التنفيذ به اختيارا أو جبرا ويستقر له ما كان قد استوفاه قبل تحقق الشرط وذلك لما له من أثر رجعي ".

(ب)- " إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي على ما قرره " أن العقد سند الدعوى قد تضمن تعهدا من المستأنف ضده الأول وبصفته وكيلا عن باقي المستأنف ضدهم عدا الأخيرين بصفتيهما بالحصول على موافقة وزارة التربية والتعليم على العقد وأن الأوراق خلت من الحصول

على هذه الموافقة ، فإن قضاء محكمة أول درجة برفض الــدعوى تأسيسا على عدم نفاذ العقد لتضمنه شرطا واقفا معلقا علـــى إرادة الملتزم يكون قد صادف صحيح القانون ". ويبين من ذلك أن الحكم علق التزامات الطرفين الواردة فى نصوص العقد سند الدعوى على شرط موقف هو حصول موافقة مديرية التربية والتعليم على نفـــاذه وأن الأوراق خلت من هذه الموافقة حين أن البين من الأوراق فيما تمسك به الطاعن من دفاع قدم عليه دليله أن الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم فى / / بينه وبين المطعون ضدهم السنة الأوائل حق أداؤها بتحقق ما علق عليه هذا الأداء بصدور أمر المطعــون ضده الأخير بصفته - محافظ أسيوط- فى / / إلى مديريـــة التربية والتعليم بأسيوط الذى يمثلها طبقا لقانون الحكم المحلى رقــم ٥٧ لسنة ١٩٧١ بتسلم الطاعن تلك المساحة وبذلك فقد تحرر العقد من هذا الشرط وبات من الواجب إجبار المطعون ضـــدهم الســتة الأوائل على تنفيذ ما التزموا به ، وإذ كان هذا الدفاع جوهريـــا - ومؤثرا فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم الذى قصر عـــن إيـــراده والرد عليه ولم يناقش دلالة المستندات المقدمة لتأييده فإنـــه يكـــون معيبا ".

(طعن رقم ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٤/٣/٢٨)

٣- تبدأ مدة تقادم هذا الحق من وقت حلول الأجل .

٤- تحوز المقاصة بين هذا الحق وبين أى حـــق آخـــر نشـــأ منجزا[١].

٣٦- آثار الأجـــل الفاســـخ :

(أ) قبل حـلـــول الأجـــل :

يقتصر أثر الأجل الفاسخ على مجرد وضع حد زمنى ينتهى به الالتزام . وعلى ذلك فالالتزام قبل انتهاء الأجل الفاسخ التزام نافذ ، أى أن للدائن حقا مستحق الأداء ، فيستطيع الدائن أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه كما يسرى التقادم بالنسبة لهذا الحق .

(ب) بعد حلول الأجل :

يترتب على حلول الأجل الفاسخ زوال الالتزام الذى كان مقترنا به ، وزوال الالتزام هو الأثر المقصود من الأجل الفاسخ . فهو كما يدل اسمه بفسخ الالتزام أى يزيله. ومثل ذلك التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة ســـنة واحـــدة ، فمتـــى انقضت السنة حل الأجل وانتهى التزام المؤجر ولم يعد للمســـتأجر حق له فى أن ينتفع بتلك العين بعد ذلك وتعين عليـــه ردهـــا إلـــى المؤجر .

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٦٢ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٠٠ ومابعدها .

وينقضى الالتزام بحلول الأجل ولو كان قد انتقل من أحد طرفيه الدائن أو المدين إلى خلف عام أو خاص ، لأن انتقاله يكون قد تم بحالته أى بصفته حقا أو التزاما موقوتا بمدة معينة يزول بعد انقضائها [١].

والأجل الفاسخ يعتبر فى حقيقته طريقا من طرق انقضاء الالتزام . فهو لا يوجد إلا بشأن الالتزامات الممتدة التى يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها ، فهو إنما يحدد مدى الالتزام [٢].

ولذلك يرى البعض أنه يكون أكثر دقة فى التعبير أن يستبدل باصطلاح " الأجل الفاسخ " اصطلاح " الأجل المنهى " وهذه هى الترجمة الدقيقة للفظ الفرنسى terme extinctif ، إذا أن لفظ الفسخ قد يثير فى الذهن معنى الأثر الرجعى فى حين أن الأجل مجرد من هذا الأثر كما سنرى [٣].

٣٧- ليس لحلول الأجل أثر رجعى :

الأصل أن الوقائع والحوادث لا يكون لها أثر إلا من تاريخ وقوعها. ولا يكون لها أثر رجعى إلا إذا نص على ذلك . وقد رأينا

---

(١) الدكتور سمير تناغو المبادئ الأساسية فى نظرية العقد وأحكام الالتزام توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٢٦٢- سليمان مرقس ص ٣٦٢ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ٢٤ - اسماعيل غانم ص ٢٨٥.

(٣) اسماعيل غانم ص ٢٨٥ ومابعدها .

أن المادة (٢٧٠) نصت على أن يكون لتحقق الشرط أثر رجعـــى يستند إلى الوقت الذى نشا فيه الالتزام المعلــق علـــى الشـــرط أو المقترن به ، وأنها استثنت من ذلك ثلاث حـــالات لا يكـــون فيهـــا لتحقق الشرط هذا الأثر الرجعى .

أما فيما يتعلق بالأجل ، فقد نصت الفقرة الأولى مـــن المـــادة ٢٧٤ على أنه إذا كان الالتزام مقترنا بأجل واقف ، فإنه لا يكـــون نافذا إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل . ومؤدى ذلك أن حلول الأجل يجعل الالتزام نافذا من تاريخه لا من تاريخ نشوء الالتزام ، أى أنه لا يكون له أثر رجعى .

وكذلك نصت الفقرة الثانية من المادة على أنـــه يترتـــب علـــى انقضاء الأجل الفاسخ زوال الالتزام ، دون أن يكون لهذا الـــزوال أثر رجعى .

ويبين من ذلك أن الأجل سواء كان واقفا أو ناسخا ، لاينتج أثرا إلا من وقت حلوله ولا يكون له أثر رجعى بأى حال . فالبيع المعلق على أجل واقف لاينقل ملكية المبيع إلا من تاريخ حلول هذا الأجل ، ويظل البائع مالكا طوال المدة السابقة مهما طال الوقت بين إبـــرام العقد وحلول الأجل . والإجارة محددة المدة تنتهى بانقضاء مدتها ، ولكن انتهاءها يكون بالنسبة إلى المستقبل فقط ولا يمحو ما ترتـــب عليها من آثار من وقت بدئها إلى وقت إنهائها .

وفى هذا يختلف أثر الأجل عن أثر الشرط اختلافا جوهريـــا . ويرجع هذا الفرق إلى طبيعة الحادث الذى أختير ليكون شــرطا أو أجلا . فالأول حادث غير محقق الوقوع أى أنـــه يحتمـــل تحققـــه ويحتمل تخلفه وتتجه إرادة الطرفين إلى إنشاء آثار قانونية معينـــة فى أحد هذين الاحتمالين دون الآخر . ولعدم إمكان معرفتهما ســلفا ما إذا كان هذا الاحتمال سيتحقق أم لا فإنهما يعلقان وجود الآثـــار التى أراداها أو زوالها على تحقق هذا الاحتمال فعلا . والمفروض أنهما لو علما من أول الأمر أن هذا الاحتمال سيتحقق حتما لاتجهت إرادتهما إلى إنشاء الآثار المذكورة منجزة أى غير معلقة . ولهـــذا جعل القانون لتحقق الشرط اثرا رجعيا . أما الحادث الـــذى يعتبـــر أجلا فلأنه محقق الوقوع لا يوجد فى شأنه احتمالان . فـــإذا علـــق الطرفان الالتزام على وقوعه فلا يكون ذلك تعليقا لوجوده بل تعليقا لنفاذه فقط إلى وقت معين . فإذا حل هذا الوقت نفذ الالتزام ولم يكن ثمة محل لنفاذه بأثر رجعى لأن الطرفين لو أرادا أن يكـــون نفـــاذ الالتزام من وقت إنشائه لما كان ثمة محل لتعليقهما نفاذه على حلول الأجل ، إذ لا شك فى أن بين النفاذ والتعليق على الأجل تنافيا (١).

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٦٣ ومابعدها .

٣٨ـ النزول عن الأجل :

ينقضى الأجل إذا نزل عنه من ضرب هذا الأجل لمصلحته . والغالب أن يكون الأجل لمصلحة المدين ، كما فى القرض بدون فائدة . وقد يكون الأجل لمصلحة الدائن كما فى الوديعة . وقد يكون الأجل لمصلحة الدائن والمدين معا كما فى القرض بفائدة . فإذا كان الأجل لمصلحة أحد الطرفين فقط ، الدائن أو المدين ، كان هذا هو الذى يملك النزول عن الاجل . وإذا كان الأجل لمصلحة الدائن والمدين معا ، فلا يجوز النزول عن الأجل إلا باتفاقهما . فيجوز للمدين فى المثل الأول أن يرد القرض قبل حلول الأجل ، ويجوز للدائن وهو المودع فى المثل الثانى أن يطالب برد الوديعة قبل الميعاد المتفق عليه . وفى المثل الأخير لايجوز رد القرض قبل حلول الأجل. إلا برضاء الطرفين .

وعند الشك يعتبر الأجل لمصلحة المدين وحده [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢١ وما بعدها – اسماعيل غانم ص ٢٧٨ ومابعدها – وكانت المادة (٣٩٧) من المشروع التمهيدى تنص على حكم النزول عن الأجل إذ كانت تجرى على أن :
"١– يفترض فى الأجل أنه ضرب لمصلحة المدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من فى القانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن ، أو لمصلحة الطرفين معا .

٢-إذ تمحض الأجل لمصلحة الطرفين ، جاز لهذا الطرف أن يتنازل عنه بإرادته المنفردة ".

وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- قد يضرب الأجل لمصلحه المدين وحده (كما هو الشأن فى عارية الاستهلاك بغير فائدة وعارية الاستعمال) أو لمصلحة الدائن وحده (كما هى الحال فى الوديعة) أو لمصلحة الدائن والمدين معا (كما يقع ذلك فى القرض بفائدة) ويفترض عند الشك أن الأجل مضروب لمصلحة المدين وحده ، ومع ذلك فقد يستفاد من العقد (كما يقع ذلك فى عارية الاستعمال والقرض بفائدة) أو من نص القانون (كما هو الشأن فى حق الانتفاع والإيراد المرتب مدى الحياة) أو من الظروف (كما هى الحال فى ودائع المصارف) أن الأجل قد ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الدائن والمدين معا .

٢- فإذا كان الأجل مضروبا لمصلحة الدائن والمدين معا ، فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتنازل عنه ، بل يشترط لذلك تراضيهما . أما إذا كان الأجل على نقيض ذلك مضروبا لمصلحة أحد الطرفين فلمن شرط الأجل لمصلحته ، دائنا كان أو مدينا ، أن ينزل عنه بإرادته المنفردة، وتفريعا على هذه القواعد ، لا تجوز الإقالة من الإجارة قبل انتهاء الأجل إلا بتراضى المؤجر والمستأجر ، ويجوز للمستعير فى عارية الاستعمال أن يرد الشئ قبل الأجل المحدد ويجوز للمودع أن يطالب برد ما استودع قبل انقضاء أجل الإيداع ".

وفى لجنة المراجعة اقترح رئيس اللجنة معالى السنهورى باشا حذفها لأن حكمها مستفاد من تطبيق المبادئ العامة فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٠ هامش ١) " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يترتب على انقضاء الأجل بالحلول، أو السقوط، أو التنازل، أن يصبح الالتزام المضاف مستحق الأداء، أو أن يزول، تبعا لما إذا كان هذا الأجل موقفا أو فاسخا، بيد أن انقضاء الأجل لا يستند أثره إلى الماضى، على نقيض ما يقع فى تحقق الشرط، فالالتزام المضاف يصبح مستحق الأداء، أو يزول فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل لا قبل ذلك. ويراعى أن حلول الالتزام المضاف إلى أجل موقف، على أثر انقضاء هذا الأجل، لا يقيل من وجوب الإعذار، ما لم يتفق على خلاف ذلك (أنظر المادة ٢٩٧ من المشروع).

الفصل الثانى
تعدد محل الالتزام
١ـ الالتزام التخييرى
مـــادة (٢٧٥)

يكون الالتزام تخييريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبرأ ذمـــة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها ، ويكون الخيار للمدين مـــا لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

الشـــرح

٣٩ـ المقصود بالالتزام التخييرى :

الالتزام التخييرى هو الذى لا ينحصر محله فى الالتزام بـــأمر واحد ، أو بأمور متعددة يتعين على المدين أداؤها جميعا ، بل هـــو يشمل أمورا متعددة يجب على المـــدين أن يـــوفى بواحـــد منهـــا فحسب[1].

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" سمة الالتزام الذى يلحق به وصف التخيير أن محله لا ينحصر فى الالتزام بأمر واحد أو أمور متعددة يتعين أداؤها فى جملتها، بل يشمل أمورا متعددة، يجتزأ بالوفاء بواحد منها فحســـب ، ويكـــون

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٠٧ – عبد المنعم الصده ص ٢٥ .

الخيار للمدين ، ما لم يوكل أمره إلى الدائن بمقتضى اتفاق خاص أو نص فى القانون "[١].

فيشترط لقيام وصف التخيير ، بحيث يكون الالتزام تخييريا ثلاثة أمور : **الأول** : أن يتعدد محل الالتزام فيكون له محلان أو أكثر . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر إحدى سياراته الثلاث: المرسيدس والبويك والبيجو .

أو يلتزم الشريك بأن يقدم للشركة حصة نقدية أو حصة عينية أو عملا .

الثانى : أن يتوافر فى كل محل من محال الالتزام التخييرى الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام بصفة عامة وهى : الوجود أو الإمكان والتعيين والمشروعية . فإذا لم تتوافر هذه الشروط إلا فى محل واحد ، فلا يكون الالتزام تخييريا بل بسيطا ذا محل واحد .

الثالث : أن يكون أحد هذه المحال وحده واجبا أداؤه ، بحيث تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحدا منها [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٧ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٣١ – محمود جمال الدين زكى ص ١٢٥.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويشترط لإلحاق وصف التخيير بالالتزام أن يتعدد ما يرد الالتزام عليه ، على نحو يتحقق معه قيام مكنة فعلية للخيار . فإذا امتنع الالتزام بأكثر من أمر واحد، بسبب عدم توافر الشرائط القانونية فيما عداه ، (كما إذا كان الأمر الآخر تكليفا غير ممكن أو غير مشروع) فلا يكون للالتزام من وصف التخيير إلا الظاهر، إذ الواقع أنه ينعقد بسيطا غير موصوف ، ويقتصر محله على ذلك الأمر الذى قامت به صلاحية الإلزام دون غيره . وهذا هو المعنى الذى استظهره التقنين الفرنسى فى المادة ١١٩٢ (ونقله عنه المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة ١٢٣) ونصها : " يعتبر الالتزام بسيطا مجردا من الوصف ، ولو عقد على سبيل التخيير، إذا امتنع أن يكون أحد الأمرين اللذين يرد التعهد عليهما محلا للالتزام . .

وقد عنى التقنين البولونى بتقرير حكم آخر ، لا يقل عن الحكم المتقدم سلامة ووضوحا ، فنص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢ على أنه لا يجوز للدائن أو المدين أن يقتصر على الوفاء بشق من أحد محلى التخيير وشق من المحل الآخر (أنظر كذلك المادة ١١٩١ من التقنين الفرنسى ، والمادة ٦٠ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٢١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٤٦/٥٦ من

التقنينين التونسي والمراكشي ، والمادة ١١٧٧ من التقنين الإيطالي"[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان الواقع في الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائي قد ورد على حصة مفرزة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقاري حائلا دون تسجيل العقد على هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما في العقد النهائي دون المساس بجوهره بأن جعلا البيع منصبا على الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعي ومقدارها ٣٠ فدانا والتي لا تجادل المساحة في جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا على القدر المفرز الوارد في العقد الابتدائي وحرصا على النص على سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين في كلتا الحالتين ، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق في العقد النهائي أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى على أساس المحل الذي يصح به العقد ، وكانت مصلحة الشهر العقاري قد نقلت أولا ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة في العقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٨ .

على ثمن هذا القدر وحده ثم تبين بعد ذلك أن المحل قد استقام أمره وهو الـ ٣٦ المحددة ببيع المشترى له دون اعتراض من الشهر العقارى ، فإنه يكون للبائع الحق فى الرجوع على المشترين بثمن الفرق على أساس الوحدة المتفق عليه ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف فى تفسيره الثابت بالأوراق " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٢)

٤٠ـ مصدر الالتزام التخييرى :

قد يكون مصدر الالتزام التخييرى هو العقد أو القانون .

فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يلتزم المدين بعدة أشياء أو أداءات على أن تبرأ ذمته بالوفاء بواحد من هذه الأشياء أو الأداءات فقط . فيكون الالتزام التخييرى ناشئا فى هذه الحالة عن العقد .

وقد ينص القانون على التزام المدين بعدة أشياء ، ويكتفى منه بالوفاء بواحد منها فقط لكى تبرأ ذمته ، فيكون الالتزام التخييرى ناشئا فى هذه الحالة عن القانون .

ومثال ذلك مايأتى :

١- ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٧٣ مدنى من سقوط الأجل إذا كان المدين قد أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن

من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقـد لاحـق أو بموجب القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا إرادة للمدين فيـه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ذلك أن الالتزام التخييرى قد يكون مصدره التعاقـد ، أو القانون ، وقد تقدمت الإشارة إلى تعين تكفل كل منهما بإنشاء التزام تخييرى : أولهما يتعلق بإضعاف التأمينات الخاصة بفعل المـدين ، وهو ينشئ التزاما تخييريا عهد بالخيار فيه للدائن ، فله أن يستأدى الدين ، أو أن يطالب بتأمين إضافى (أنظر المادة ٣٩٦ فقرة ٢ من المشروع) . والثانى ، يتعلق بالمحافظة على حقـوق الـدائن إذا خشى إفلاس المدين ، أو إعساره واستند فى ذلك إلى سبب معقول ، وهو ينشئ التزاما تخييريا وكل أمر الخيار فيه إلى المدين ، فله أن يفى بالتزامه فور الوقت ، أو أن يقدم تأمينا خاصا (أنظر المـادة ٣٩٨ من المشروع) [1].

٢-ما تنص عليه الفقرتان الأولى والثانية مـن المـادة ١٠٤٨ مدنى من أنه : " ١- إذا تسبب الراهن بخطئه فى هـلاك العقـار

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٧ ومابعدها .

المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا . ٢- فإذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ عن سبب أجنبى ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تأمين ، كان المدين مخيرا بين أن يقدم تأمينا كافيا أو أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل "[١].

٣- ما تنص عليه المادة ٤٩ من القانون رقم٤٩ لسنة ١٩٧٧ أنه : " يجوز لمالك المبنى المؤجرة كل وحداته لغير أغراض السكن ، أن ينبه على المستأجرين بإعلان على يد محضر بإخلاء المبنى بقصد إعادة بنائه وزيادة مسطحاته وعدد وحداته وفقا للشروط والأوضاع الآتية :

......

(د) أن يقوم المالك بتوفير وحدة مناسبة بأجر مماثل ليمارس المستأجر نشاطه فيها وإلا التزم بتعويضه بمبلغ مساو للفرق بين القيمة الإيجارية للوحدة التى يشغلها والقيمة الإيجارية للوحدة التى يتعاقد على ممارسة نشاطه فيها لمدة خمس سنوات أو للمدة التى تنقضى إلى أن يعود إلى المكان بعد بنائه بذات القيمة الإيجارية الأولى ، أو يدفع مبلغا مساويا للقيمة الإيجارية للوحدة التى يشغلها

---

(١) السنهورى ص ١٣٢ .

خالية عن مدة عشر سنوات بحد أدنى قدره ألفا جنيه أيهما أكبر" فهذا الالتزام تخييرى ، الخيار فيه للمالك .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- مؤدى ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة ٤٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن المشرع ألقى على عاتق المالك المرخص له بهدم مبناه لإعادة بنائه بشكل أوسع بالتزام تخييرى قبل كل من مستاجرى وحدات هذا المبنى وهو أن يوفر له مكان مناسب بأجر مماثل لأجر الوحدة التى كان يستأجرها بالمبنى المرخص بهدمه وإما بتعويضه تعويضا نقديا على الوجه المبين بالنص ، وجعل الخيار فى ذلك للمالك باعتباره المدين بهذا الالتزام التخييرى ".

(طعن رقم ٢١٧٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩١/١/٢٠)

(ب)- " التزام المالك المرخص له بهدم مبناه لإعادة بنائه بشكل أوسع بتوفير مكان مناسب للمستأجر بأجر مماثل أو بتعويضه نقدا. التزام تخييرى للمالك . م ٦/٤٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧" .

(طعن رقم ٢٢٦٥ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٩/١٨)

٤١ـ تعيين من له الخيار :

إذا كان مصدر الالتزام التخييرى هو تراضى الطرفين (الدائن والمدين) ، فالغالب أن يحدد العقد من يكون له الخيار من بينهما ، ويجوز أن يعهد المتعاقدان بهذا الخيار إلى شخص ثالث .

ولا يشترط فى هذا الاتفاق أن يكون صريحا بل يصح أن يستفاد ضمنا من الظروف ، فإذا اتفق تاجر الأصواف على أن يبيع عميلا قماش بدلة من أحد صنفين ، فإن ظروف هذا البيع وكون البائع تاجرا يستوى عنده أن يبيع من هذا الصنف أو ذاك تفيد حتما اتفاق الطرفين على أن يكون الخيار للمشترى وهو الدائن فى هذا الالتزام التخييرى [1].

فإذا كان مصدر الالتزام التخييرى هو القانون ، فالنص القانونى الذى أنشأ الالتزام هو الذى يعين من له الخيار ومثال ذلك ما يأتى:

١- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ١٠٤٨ مدنى من أن الراهن إذا تسبب بخطئه فى هلاك العقار المرهون أو تلفه ، كان الدائن المرتهن مخيرا بين أن يقتضى تأمينا كافيا أو أن يستوفى حقه فورا .

٢- ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أنه : " وإذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات فى تاريخ لاحق لاستئجاره يكون بالخيار بين الاحتفاظ بسكنه الذى

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٦٦- محمد لبيب شنب ص ٢٣٢ .

يستأجره أو توفير مكان ملائم لمالكه أو أحد أقاربه حتـى الدرجـة الثانية بالمبنى الذى أقامه بما لا يجاوز مثلى الأجرة المستحقة لـه عن الوحدة التى يستأجرها منه ".

فقد ترك النص للمستأجر حق الخيار بـين الاحتفـاظ بمسـكنه المؤجر ، أو توفير مكان ملائم للمستفيد من حكم النص .

ولايستطيع المستفيد إجبار المستأجر على أى من الأمرين ذلـك أن النص ترك الخيار للمستأجر وليس للمستفيد .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " النص فى المادة ٢/٢٢ من القـانون رقـم ١٣٦ لسـنة ١٩٨١ على أنه " إذا أقام المستأجر مبنى مملوكا له يتكون من أكثر من ثلاث وحدات فى تاريخ لاحق لاستئجاره يكون بالخيـار بـين الاحتفاظ بمسكنه الذى يستأجره أو توفير مكان- ملائـم لمالكـه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية بالمبنى الذى أقامه بمـا لا يجـاوز مثلى الأجرة المستحقة له عن الوحدة التى يستأجرها منه " . يـدل على أن التزام المستأجر الناشئ عن هذا النص هو التزام تخييـرى بين محلين ، الالتزام الأول هو إخلاء العين المؤجرة له ، والالتزام الثانى هو توفير مكان ملائم لمالك العين المؤجرة فى المبنى الـذى أقامه المستأجر، والخيار بين تنفيذ أى من هذين الالتزامين معقـود للمستأجر وهو المدين فى الالتزام ومتى كان مصدر الخيار وهـو نص فى القانون الذى جعل الخيار للمدين ، فإنه لا يجـوز للـدائن

وهو مالك العين المؤجرة أن يختار بمشيئته تنفيذ أحد هذين الالتزامين دون الآخر وذلك وفقا للأحكام العامة فى القانون المدنى، ذلك أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه فى حالة خلو التشريع الاستثنائى لإيجار الأماكن من تنظيم حالة معينة وجب الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى ، وقد نصت المادة ١/٢٧٦ من هذا القانون على أنه " إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لم يتم ذلك تولى بنفسه تعيين محل الالتزام " . لما كان ذلك ، وكان الثابت بالأوراق أن المطعون ضده قد قصر دعواه على طلب إلزام الطاعن بتوفير مسكن ملائم له بالمبنى الذى أقامه ، وكانت محكمة الموضوع قد قضت له بطلباته دون إتاحة الفرصة للطاعن فى الاختيار بين الاحتفاظ بمسكنه المؤجر أو توفير مكان ملائم للمطعون ضده وفقا للقواعد والإجراءات المشار إليها ، والتفت الحكم المطعون فيه عن الرد على ما تمسك به الطاعن فى هذا الشأن مع أنه دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى، فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة لبحث السبب الثانى من أسباب الطعن ".

(طعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٧/٦/٢٥)

٢- النص فى المادة ٢/٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير الأماكن- يدل على أن المشرع أنشأ فى ذمة مستأجر الوحدة السكنية الذى أقام مبنى مملوكا له تزيد وحداته السكنية- تامة البناء والصالحة للانتفاع- عن ثلاث وحدات التزاما تخييريا بين محلين أحدهما إخلاء العين المؤجرة له والثانى هو توفير مكان ملائم لمالك هذه العين أو لأحد أقاربه حتى الدرجة الثانية فى المبنى الذى أقامه مطلقا له الحق فى اختيار أحدهما ولاتبرأ ذمة المستأجر براءة تامة إلا إذا أدى للدائن- المؤجر له أحد المحلين فإذا امتنع عن إعمال حقه فى الخيار تولى القاضى تعيين محل الالتزام وفقا لنص المادة ١/٢٧٦من القانون المدنى فإن أسقط حقه فبادر بتأجير وحدات هذا المبنى أو باعها للغير ينقلب هذا الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط له محل واحد هو إخلاء العين المؤجرة فلا يبقى سوى القضاء بإخلائه منها ".

(طعن رقم ٢٩٩٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١/١٥)

وإذا حدث أن خلا العقد أو القانون من تعيين الشخص الذى له الخيار ، فإن الخيار يكون للمدين . فهذا هو الأصل الذى قرره الشارع صراحة فى المادة [1].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٢٥ ومابعدها- نبيل إبراهيم سعدص ٢٠٦.

مـادة (٢٧٦)

١- إذا كان الخيار للمدين وامتنع عـن الاختيـار ، أو تعـدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القاضى تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق فيه المدينون، فإذا لـم يـتم ذلك تولى القاضى بنفسه تعيين محل الالتزام .

٢- أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيـار أو تعـدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضـى أجـلا إن طلـب المدين ذلك ، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين .

الشـرح

٤٢ـ ما يتبع فى حالة الامتناع عن الاختيار :

(أ) إذا كان الخيار للمدين :

إذا كان الخيار للمدين ، فإن عين المدين الشئ الذى يريد الوفاء به وسلمه إلى الدائن برئت ذمته من الدين . وإن عينه ولم يسـلمه انقضت صفة الالتزام التخييرية وصار بسيطا بانحصار محله فـى أمر واحد.

أما إذا امتنع المدين عن الاختيار ، أو إذا تعدد المـدينون ولـم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن أن يطلب من القضاء تعيـين أجـل يجب فيه استعمال حق الخيار أو يتفق فيه المدينون على الاختيار ، فإذا لم يتم ذلك تولى القضاء نفسه تعيين محل الالتزام .

وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه ، فيما لو امتنع المدين أو المدينون عن الاختيار فى هذا الأجل .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يتناول هذا النص حكم امتناعمن يعهد إليه بالاختيار عن استعمال حقه فإذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الإفصاح عن رأيه ضرب له القاضى أجلا يختار فيه . وللقاضى أن يعين فى الحكم نفسه ما يلزم المدين بالوفاء به من بين ما يرد التخيير عليه ، فيما لو امتنع المدين عن الاختيار فى هذا الأجل . وقد يعترض على ذلك، بأن القاضى فى هذا الوضع يخرج عن حدود المألوف فى وظيفته ، ويقيم نفسه ، مقام المدين فى تنفيذ التزامه بيد أن مثل هذا الاعتراض غير ظاهر الوجاهة فقد تقدم أن القاضى يتدخل فى تنفيذ العقود ، بل وفى تكوين بعضها ، إذا اقتضت ذلك ضرورة قاهرة أو ملحة . والحق أن تدخل القاضى فى هذه الحالة بخصوصها حتم لا محيص عنه ، فليس فى الوسع خلع حق الخيار عن المدين وإسناده إلى الدائن ، لأن ذلك يقضى إلى تحكم الثانى فى الأول"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ٢/٢٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير الأماكن- يدل على أن المشرع أنشأ فى ذمة مستأجر الوحدة السكنية الذى أقام مبنى مملوكا له تزيد وحداته السكنية الصالحة للانتفاع عن ثلاث وحدات التزاما تخييريا بين محلين أحدهما إخلاء العين المؤجرة له والثانى هو توفير مكان ملائم لمالك هذه العين أو لأحد أقاربه حتى الدرجة الثانية فى المبنى الذى أقامه مطلقا للمستأجر الحق فى اختيار أحد هذين المحلين ولا تبرأ ذمته براءة تامة إلا إذا اختار أحد المحلين للمالك المؤجرله فإذا امتنع عن إعمال حقه فى الخيار تولى القاضى تعيين محل الالتزام وفقا لنص المادة ١/٢٧٦ من القانون المدنى ، وإن أسقط حقه فبادر بتأجير وحدات هذا المبنى أو باعها للغير أو تصرف فيها بأى وجه من التصرفات انقلب هذا الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط له محل واحد هو إخلاء العين المؤجرة فلا يبقى سوى القضاء بإخلائه منها " .

(طعن رقم ٤٨٧٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٦)

٢- " إقامة المستأجر مبنى مكونا من أكثر من ثلاث وحدات سكنية . أثره . تخييره بين ترك الوحدة السكنية التى يستأجرها أو توفير مكان للمالك أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية . م ٢/٢٢ ق

١٣٦ لسنة ١٩٨١ . عدم استعماله هذا الحق أو إسقاطه . مؤداه . وجوب إخلائه من العين المؤجرة . لازمه انفساخ عقد الإيجاربقوة القانون من وقت وقوع المخالفة دون إبداء هذه الرغبة من المالك . علة ذلك " .

(طعن رقم ٥٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٤/١٢)

٣- " إقامة المستأجر مبنى مملوكا له مكون من أكثر من ثلاث وحدات سكنية فى تاريخ لاحق لاستئجاره . تخييره بين إخلاء العين المؤجرة له أو توفير مكان ملائم لمالكه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثانية بالمبنى الذى أقامه م٢/٢٢ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . إسقاط حقه فى التخيير بتأجيره وحدات المبنى أو بيعها للغير . وجوب إخلائه للعين المؤجرة له . علة ذلك ".

(طعن رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١١)

٤٣ـ كيفية الاختيار :

لم يحدد القانون شكلا معينا لاستعمال حق الخيار . ولذلك يستطيع من له الخيار استعمال حقه طبقا للقواعد العامة .

وذلك بإعلان إرادته فى أنه اختار محلا معينا من المحال المتعددة لالتزامه التخييرى . وهذه الإرادة تعتبر تصرفا قانونيا من جانب واحد . وهى ككل إرادة لا تحدث أثرها إلا إذا وصلت إلى

علم الدائن (م٩١ مدنى) وقبل وصولها إلى علم الدائن يستطيع المدين أن يعدل عنها إلى إرادة أخرى يختار بها محلا آخر ، بشرط أن تصل الإرادة الأخرى إلى علم الدائن قبل وصول الإرادة الأولى [١].

وكذلك يكشف المدين عن إرادته فى الاختيار بالوفاء بشئ مما يرد التخيير عليه ، إن كان الخيار له ، أو متى طالب الدائن بشئ من الأشياء التى يشتمل عليها محل الالتزام ، إن كان الخيار له . ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضاء الطرف الآخر[٢].

فإذا توفى من له حق الاختيار قبل أن يختار فإن حقه ينتقل إلى ورثته . فإذا أشهر إفلاسه أصبح حق الاختيار لجماعة الدائنين يستعملونه بواسطة من يمثلهم .

٤٤ـ أثر استعمال الخيار :

باستعمال حق الخيار ، يتحدد محل الالتزام فى الشئ الذى وقع عليه الخيار ، وينقلب الالتزام التخييرى إلى التزام بسيط محله شئ واحد هو الشئ الذى وقع عليه الخيار ، كأنه موضوع الالتزام منذ الأصل[٣].

---

(١) السنهورى ص ١٣٥ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٣٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٠٦ .

(٣) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٠٦ – اسماعيل غانم ص ٣٠٨ .

٤٥ـ لاستعمال الخيار أثر رجعى :

لاستعمال حق الخيار أثر رجعى ، بمعنى أنه إذا استعمل الخيار، فإن الالتزام يعتبر أنه منذ نشوئه قد انحصر فى محل واحد . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الالتزام بنقل ملكية أحد شيئين ، ثم وقع الخيار على أحدهما فإن الدائن يصبح مالكا لهذا الشئ لا من وقت الخيار بل من وقت العقد إن كان الشئ منقولا معينا بالذات [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فيما يتعلق بكيفية استعمال من يوكل إليه أمر الخيار لحقه هذا ، فقد تضمن التقنينات الألمانى والبولونى نصوصا (المادة ٢٦٣ من التقنين الألمانى ، والمادتان ٢٣ ، ٢٨ ، من التقنين البولونى) ليست فى الواقع سوى تطبيق للقواعد العامة ، فيعتبر الخيار تاما ، وفقا لهذه القواعد ، متى أخطر صاحب الحق فيه الطرف الآخر بما استقر عليه رأيه ، أو متى قام المدين بالوفاء بشئ مما يرد التخيير عليه ، إن كانت الخيرة له ، أو متى طالب الدائن بالوفاء بشئ من الأشياء التى يشتمل عليها محل الالتزام ، إن كان مرجع الاختيار إليه (أنظر كذلك المادتين ٥٧ ، ٥٨ من التقنين اللبنانى . والمادة ١٥٢/ ١٤٢ من التقنين الفرنسى

---

(١) السنهورى ص ٩٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٣٣ – مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٩ .

والمراكشى) . ومتى تم الاختيار امتنع العدول عنه بغير رضاء الطرف الآخر ، ويعتبر الشئ الذى وقع الاختيار عليه ، كما لو كان هو الواجب الأداء وحده من بادئ الأمر "[1].

ويجب أن يتم الاختيار فى المدة المحددة له ، أو فى مدة معقولة ويقدر القاضى عند عدم الاتفاق المدة المعقولة [2].

(ب) إذا كان الخيار للدائن :

إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للمدين أن يطلب إلى القاضى تعيين أجل يختار فيه الدائن ، أو يتفق فيه الدائنون ، فإذا انقضى الأجل ولم يتم الاختيار ، انتقل الخيار إلى المدين نفسه لا إلى القاضى خلافا للحالة السابقة [3].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما إذا كان الخيار ، على نقيض ذلك، موكولا إلى الدائن وامتنع عن مباشرة هذا الحق ، حتى فى الأجل الذى حدده القاضى له ، فليس ثمة ما يحول دون اسناد الخيار إلى المدين .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٨ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس جـ ٣ ص ٣٦٧ .

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٢٥٩ – عبد المنعم الصده ص ٢٦ ومابعدها.

٢- هذا وقد يتعدد من يعهد إليهم بالخيار ، كما هو الشأن في تعدد المدينين أو خلفاء المدين ، أو تعدد الدائنين أو خلفاء الدائن ، وفي هذه الحالة يتعين اتفاق أولئك ، أو هؤلاء جميعا على الخيار وإلا تولاه القاضي . وقد استظهرت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي هذا الحكم فنصت على أنه " إذا كان الخيار لأشخاص متعددين فللقاضي أن يضرب لهم أجلا للاتفاق وإعلان اختيارهم ، فإن لم يعلنوا ذلك في خلال الأجل المحدد، تولى القاضي الاختيار ". ولم ير محل لإيراد نص مماثل في المشروع ، إذ من الميسور استخلاص مضمونه من القواعد العامة "[١].

أما إذا كان الخيار لأجنبي ، طبقت في حقه الأحكام السابقة ، لكن إذا امتنع الأجنبي عن الخيار ، تولى القاضي الاختيار بنفسه تطبيقا للقواعد العامة ، ولا ينتقل الخيار إلى من ليس له حق الخيار إلا بمقتضى نص خاص فإن لم يوجد النص وجب أن يتولى القضاء الاختيار [٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤١ .

(٢) السنهوري ص ١٤١ - عبد المنعم البدراوي ص ٢٥٩ .

مــادة (٢٧٧)

إذا كان الخيار للمدين ، ثم استحال تنفيذ كــل مــن الأشــياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، وكان المدين مســئولا عن هذه الاستحالة ولو فيما يتعلق بواحد من هذه الأشــياء كــان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه .

الشــرح

استحالة تنفيذ الأشياء محل الالتزام قبل استعمال الخيار :

٤٦ - (أ) حالة كون الاختيار للمدين :

إذا كان الاختيار للمدين ، واستحال تنفيــذ كــل مــن الأشــياء المتعددة التى اشتمل عليها محل الالتزام ، التى يرد عليها التخيير .

وكانت الاستحالة بسبب خطأ من جانب المدين ، فــإن المــدين يكون ملزما بدفع قيمة آخر شئ استحال تنفيذه ويستوى فى ذلك أن يكون خطأ المدين هو سبب الاستحالة فى واحد من هذه الأشياء فقط أو فيها جميعا .

أما إذا كانت الاستحالة قاصرة على أحد محلى التخيير ، وكانت بسبب خطأ المدين ، تعين عليه الوفاء بالآخر .

وكذلك يكون الحكم إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى ســبب أجنبى [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٠ .

أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب لا دخل للـدائن أو المدين فيه ، كما إذا هلك المحل بقوة قاهرة ، وكـان الهـلاك قـد أصاب أحد محلى التخيير قبل استعمال الخيـار ، فـإن الالتـزام لاينقضى بل يتحدد محله فى الشئ الآخر . أما إذا أصبحت المحال كلها مستحيلة فى وقت واحد بدون خطأ من المدين وقبل إعـذاره ، فإن الالتزام ينقضى وفقا للقواعد العامة .

وهذا الفرض هو الذى تناوله النص .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حالة إثبات حق الخيار للمدين : (أ) إذا كانت استحالة التنفيـذ راجعة إلى سبب أجنبى ، انقضى الالتزام ، وفقا للقواعد العامـة ، متى شملت هذه الاستحالة جميع الأمور التى يرد التخيير عليهـا . أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فيسقط خيـار المدين ، ولا يكون له إلا الوفاء بالآخر ، وليس ثمة معـدى عـن إمضاء هذا الحكم ، فهو حتم تقتضيه طبيعة الأشياء (ب) وإذا كـان استحالة التنفيذ ترجع إلى خطأ الدائن ، وكانت تتناول جميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللمدين وهو صاحب حق الخيار أن يعين الأمر أو التكليف الذى يعتبر أن ذمته قد برئت من أدائه ، بسـبب الهلاك الحادث من جراء هذا الخطأ ، وإن اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللمدين ، وقد ثبت لـه خيـار التعيـين ، أن يختار الوفاء بالآخر .

وفى هذه الحالة يكون له أن يطالب الدائن بقيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه .

(ج) أما إذا كانت الاستحالة قد حدثت من جراء خطأ المدين، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها- وهذا هو الفرض الذى عنى المشروع بالنص على حكمه- فقد يتبادر إلى الذهن أن المدين ، بوصفه المتصرف فى الخيار ، يستطيع أن يبرئ ذمته بأداء قيمة ما يختاره ، ولاسيما أن هذا هو حكم تحقق استحالة جميع الأمور التى يرد عليها التخيير فى آن واحد . ولكن ينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فروض عدة : فإذا استحال الوفاء بأحد محلى التخيير ، قبل تحقق الاستحالة فى الآخر ، وجب أن يستبعد الأول من نطاق التخيير ، ويستوى هذا المقام أن تكون الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين، أم إلى حادث فجائى .ذلك بأن المدين لا يسوغ له أن يفيد من خطئه فى الحالة الأولى ، وهو ملزم بتحمل التبعة ، وفى الحالة الثانية. ولهذه العلة يتعين عليه أداء قيمة ما طرأت عليه استحالة التنفيذ أخيرا . أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير دون الآخر ، وكانت راجعة إلى خطأ المدين، فيتعين عليه الوفاء بما يقوم به وحسب الإمكان ، حتى لا يفيد من خطئه "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٤ ومابعدها .

٤٧ـ (ب) حالة كون الاختيار للدائن :

هذا الفرض تركه النص لحكم القواعد العامة .

إذا كان الخيار للدائن ، وكانت الاستحالة راجعة إلى خطئه فإن القواعد العامة توجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون الاستحالة قد اقتصرت على أحد محلى التخيير ، ففى هذا الفرض تبرأ ذمة المدين من التزامه إلا إذا رأى الدائن استيفاء ما بقى الوفاء به ممكنا ، على أن يؤدى للمدين قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه .

الفرض الثانى :

أن تكون الاستحالة قد شملت كلا الشيئين . ففى هذا الفرض تبرأ ذمة المدين وتعين على الدائن تعويض المدين عن قيمة أحد الشيئين وفقاً لما يختاره الدائن ، لأن الخيار كان له .

أما إذا كانت الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين ، فإنه يجب التفرقة بين فرضين :

الفرض الأول :

أن تكون الاستحالة قد اقتصرت على أحد الشيئين ، فإن للدائن أن يطالب بقيمة الشئ الهالك ، أو أن يطالب بما لم يهلك .

الفرض الثانى :

أن تكون الاستحالة قد شملت كلا الشيئين معا فيكون للـدائن أن يطالب بقيمة ما يقع عليه اختياره ، لأن الخيار كان له[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حالة إثبات حق الخيار للدائن : (أ) وإن كان التخييرللـدائن ، واستحال تنفيذ جميع ما يرد التخيير عليه ، من جراء سبب أجنبى، انقضى الالتزام طبقا للقواعد العامة ، كما هو الشأن عنـد تخويـل المدين خيار التعيين . أما إذا اقتصرت الاستحالة على أحد محلـى التخيير ، فليس للدائن إلا أن يختار الوفاء بالآخر مادام هذا الوفـاء ممكنا . وليس شك فى أن إمضاء هذا الحكم حتم تقتضـيه طبيعـة الأشياء ، كما هو الحال عندما يتعهد للمـدين بالخيـار . (ب) وإذا نشأت استحالة التنفيذ عن خطأ الدائن ، وتناولت الأمور التى يـرد التخيير عليها ، أصبح هذا الدائن مسئولا عن هلاك الشـئ الـذى لايقع اختياره عليه ، وتعين عليه أداء قيمته ، باعتبار أن هلاك مـا يقع عليه هذا الخيار يستتبع براءة ذمة المدين ، أمـا إذا اقتصـرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللدائن – وهو صاحب الخيار– أن يختاره ، ويكون بذلك قد استوفى حقه . وله كـذلك أن يختـار

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٠٧ .

استيفاء ما بقى الوفاء به ممكنا ، على أن يؤدى فى هذه الحالة قيمة ما استحال الوفاء به من جراء خطئه . (ج) وإذا كانت استحالة التنفيذ ناشئة عن خطأ المدين ، وكانت شاملة لجميع الأمور التى يرد التخيير عليها ، فللدائن - وهو المتصرف فى الخيار - أن يطالب المدين بقيمة ما يقع عليه اختياره . فإن اقتصرت الاستحالة على أحد محلى التخيير ، فللدائن أن يطالب بالوفاء بالآخر ، مادام هذا الوفاء ممكنا ، أو أن يطالب بقيمة الأول ، وهو الذى أصبح تنفيذه مستحيلا من جراء خطأ المدين[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٥ .

٢ـ الالتزام البـدلى

مـادة (٢٧٨)

١- يكون الالتزام بدليا إذا لم يشمل محله إلا شـيئا واحـدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢- والشئ الذى يشمله محل الالتزام، لا البديل الذى تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته .

الشـرح

٤٨ ـ المقصود بالالتزام البدلى :

الالتزام البدلى هو الالتزام الذى يقع على محل واحد يعين ابتداء، مع تخويل المدين حق الوفاء ببديل عنه ، فتبرأ ذمته بذلك .

فالالتزام البدلى له محل واحد يسمى بالمحل الأصلى ، وإن كان محل آخر يمكن أن يقدم بدلا منه ، ويسمى بالبديل ، ومثال ذلك أن يقترض شخص من آخر نقودا ويتفق معه على أنه يستطيع ، إذا لم يرد مبلغ القرض إعطاءه بدلا منه سيارة معينة مثلا ، فالمبلغ الذى اقترضه هو المحل الأصلى والسيارة هى البديل [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٦١- محمود جمال الـدين زكـى ص ١٢٧ ومابعدها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يفترق الالتزام البدلى عن الالتزام التخييرى فى أن محل الأول ينحصر فى الإلزام بأمر واحد يعين ابتداء ، مع تخويل المدين حق الوفاء ببديل عنه "[١].

٤٩ـ مصدر الالتزام البدلى :

قد يكون مصدر الالتزام البدلى تصرفا قانونيا كالمثل الذى ذكرناه فى البند السابق .

وقد يكون مصدره نص القانون، ومثال ذلك ما رأيناه فى المادة ٢/٣٧٣ مدنى فىحالة إضعاف التأمينات الخاصة بسبب أجنبى لايد للمدين فيه ، إذ ينشأ التزام بدلى ، فيكون على المدين أن يفى فورا بالالتزام . ولكن يجوز له أن يتوقى هذا الوفاء بتقديم ضمان كاف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وقد يكون مصدر الالتزام البدلى عقدا من العقود ، أو نصا من نصوص القانون ، شأنه شأن الالتزام التخييرى من هذا الوجه. وقد تقدمت الإشارة إلى مثل من أمثلة ما ينشأ من الالتزامات البدلية عن نص القانون فى معرض الأحكام المتعلقة بإضعاف التأمينات الخاصة بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه ، فيتعين على المدين فى هذا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٧ .

الفرص ، أن يفى من فوره بالالتزام ، ويكون له مع ذلك أن يتوقى هذا الوفاء بتقديم تأمين إضافى "[١].

٥٠ ـ قيام خيار البدل للمدين :

خيار البدل يكون دائما للمدين ، وهذا بخلاف خيار التعيين فى الالتزام التخييرى ، فقد رأينا أنه قد يكون للمدين أو للدائن أو لأجنبى . وثبوت خيار البدل للمدين مستفاد من تعريف الالتزام البدلى ، فهو التزام يستطيع فيه المدين أن يبرئ ذمته بوفاء شئ بديل عن المحل الأصلى . فهو وحده - لا الدائن - الذى يختار محل الوفاء ، إذ هو يفى بالمحل الأصلى إن لم يختر الشئ البدليل.

وليس للدائن أن يطلب إلا المحل الأصلى للالتزام وليس للقاضىأن يحكم بغيره إلا إذا عرض المدين الوفاء بالشئ البديل[٢].

٥١ ـ الشئ الذى يشمله محل الالتزام هو الذى يعين طبيعته :

الالتزام البدلى يقوم على محل واحد هو المحل الأصلى ، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه جميع الشروط التى استلزم القانون توافرها فى المحل ، وإلا وقع الالتزام باطلا .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٤٧ .

(٢) السنهورى ص١٥٧- سليمان مرقس ص ٣٧٠ .

أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فى البديل بقى قائما على محلـــه الأصلى ويكون التزاما بسيطا .

ويترتب أيضا على أن الشئ الذى يشمله محل الالتـــزام ، هـــو وحده محل الالتزام وهو الذى يعين طبيعته ، أن هذا المحل يكـــون المرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقارا أو منقولا ، قابلا للتجزئـــة أو غير قابل لها ، وبأن الالتزام البدلى ينقضى وتبرأ ذمة المدين إذا أصبح الوفاء بالالتزام الأصلى مستحيلا بغير خطأ من المدين وقبل إعذاره . أما إذا كانت الاستحالة منصبة على الوفاء بالبـــديل فـــإن الالتزام يظل قائما .

كما تتحدد قيمة الالتزام بقيمة الشئ الأصلى ، لا البديل ، الأمر الذى يحدد المحكمة المختصة .

أما فى الالتزام التخييرى فإن تحديد القيمة يظل غير معـــروف إلى أن يتم الاختيار ويتحدد المحل [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلى بالتكليف الأصيل الذى يرد عليه ويعتبر محلا له على وجه الإفراد ، دون البـــديل الـــذى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٢٨- مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٢١ .

يكون للمدين أن يبرئ ذمته بأدائه ، ويتفرع على ذلك أن الالتـــزام البدلى ينقضى إذا أصبح الوفاء بهذا التكليف الأصيل مستحيلا ، قبل إعذار المدين ، بغير خطأ منه . ولكنه يظل على نقيض ذلك ، قائما رغم استحالة الوفاء بالبديل (أنظر المادة ٦٩ من التقنين اللبنانى). وكذلك يرجع فى اعتبار الالتزام البدلى عقاريا أو منقــولا ، وفـــى التقاضى بشأن هذا الالتزام ولا سيما فيما يتعلـق بتقــدير القيمـــة والاختصاص ، إلى محله الأصيل دون البديل " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٤٧ ومابعدها .

(الفصل الثالث)
(تعدد طرفى الالتزام)
١ـ التضـــامن
مـــادة (٢٧٩)

التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكـــون بناء على اتفاق . أو نص فى القانون .

الشـــرح

٥٢ـ التضامن الإيجابى والتضامن السلبى :

التضامن قد يكون إيجابيا وقد يكون سلبيا .

والتضامن الإيجابى هو الذى يكون بين الدائنين حيـــث يكـــون شخصان أو أكثر دائنين بدين واحد بحيث يحق لكل منهم أن يطالب وفاء الدين بجملته ، كما يحق من جهة أخرى للمدين أن يوفى الدين إلى أى منهم والتضامن الإيجابى نادر الوقوع فـــى العمـــل . إذ أن فائدته الحقيقية إنما تعود على المدين وحده ، إذ هو يســـهل عليـــه إبراء ذمته بوفاء الدين كله لأى من الـــدائنين المتضـــامنين . أمـــا بالنسبة للدائنين فهذا التضامن قد يعرضهم للخطر إذا مـــا اســـتوفى أحدهم الدين ثم أعسر قبل أن يوفى لشركائه حصصهم[1] .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٦٦ .

أما التضامن السلبى فهو الذى يكون بين المدينين ، ويتحقق إذا وجد مدينان أو أكثر ملتزمين قبل الدائن بكل الدين بحيث يستطيع هذا الأخير أن يطالب أى مدين منهم بكل الدين . كما يجوز لأى مدين منهم أن يفى للدائن بكل الدين فتبرأ ذمته وذمم كل من المدينين الآخرين .

فإذا استوفى الدائن حقه من أحد المدينين أو قام أحد المدينين بوفاء حقه ، رجع المدين الذى وفى الدين على بقية المدينين معه كل بقدر نصيبه فى الدين .

وللتضامن بين المدينين على نقيض التضامن بين الدائنين أهمية بالغة فى الحياة العملية سواء فى العلاقات المدنية أو فى العلاقات التجارية ، ويقيمه فيها نصوص القانون فى بعض الأحيان واتفاقات الأفراد فى أكثر الأحيان [١].

ولا يشترط استعمال لفظ بذاته أو عبارة بعينها للدلالة على اقتضاء التضامن ، فيكفى أى لفظ أو عبارة تظهر هذا المعنى ، كاشتراط المدين الوفاء بكل الدين لأى دائن من الدائنين ، أو اشتراط الدائنين أن يكون لأى منهم مطالبة الدين بالوفاء بكامل الدين [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٦ .

(٢) السنهورى ص ١٧٥ ومابعدها – مصطفى عدوى محمد محى الدين إبراهيم ص ٣٢٨ .

ولا يشترط فى الاتفاق أن يكون صريحا ، بل يجوز أن يكـــون ضمنيا أى يستنبط من ظروف التعاقد ، إذ ليس المقصـــود بـــالنص على أن التضامن لا يفترض اشتراط الاتفـــاق الصـــريح ، وإنمـــا المقصود فقط ضرورة وضوح اتجاه الإرادة إليه وضوحا لاخفـــاء فيه ، بحيث إذا وجد أى شك فى ذلك وجب أن يؤول الشـــك فـــى معنى استبعاد التضامن لا فى معنى إيجابه (١).

ويصح أن يكون مصدر تضامن الدائنين الوصـــية ، فيوصـــى شخص لأشخاص متعددين بمبلغ من النقود يستوفونه مـــن تركتـــه ويجعلهم متضامنين فى المطالبة بهذا المبلغ (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " من المقرر عملا بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى أن التضامن لايفترض ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلـــى اتفـــاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف " .

(طعون أرقام ١٤٩٨، ١٤٧٤، ١٥٢١ لسنة ٣٥ق جلســة ١٩٨٥/٣/٢٥)

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٧٤- محمود جمـــال الـــدين زكـــى ص ١٣٢ - مصطفى عدوى ومحمد محيى الدين إبراهيم ص ٣٢٧ .

(٢) السنهورى ص ١٧٣ .

٢- " التضامن لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو اتفاق صريح أو ضمنى ، ويتعين على الحكم الذى يرتب المسئولية التضامنية أن يبين فى غير غموض الأساس الذى استند إليه فى ذلك ، فالحكم الذى يلزم جميع المحكوم عليهم بالتضامن دون أن يبين سنده فى ذلك يكون خاطئا لقصور أسبابه ".

(طعنان رقما ٦٤١، ٦٦٨ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٤/٢٨)

أما التضامن السلبى أى التضامن بين المدينين ، فإن مصدره يكون الاتفاق أو نص فى القانون .

والاتفاق يجوز - كما تقدم فى شأن تضامن الدائنين - أن يكون صريحا أو ضمنيا ، ولكنه يجب أن يكون واضحا وضوحا كافيا .

والقانون ينص على أن يقوم بين المدينين تضامن دون اتفاق فى حالات معينة علي سبيل الحصر ، وقد وردت هذه الحالات فى القانون المدنى وفى قانون التجارة ، وفى قانون العقوبات .

ومن الحالات التى وردت فى هذه القوانين ما يأتى :

١- التضامن بين المسئولين عن فعل ضار (المادة ١٦٩ مدنى).

٢- التضامن فى المسئولية بين المهندس المعمارى والمقاول عما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلى أو جزئى فيما شيدوه من مبان (المادة ٦٥١ مدنى) .

٣- التضامن بين الكفلاء فى حالة الكفالة القضائية أو القانونية (المادة ٧٩٥ مدنى) .

٤- التضامن بين الشركاء فى شركات التضامن (المادة ٢٢ من قانون التجارة القديم التى أبقى عليها قانون التجارة الجديد) [(١)].

٥- التضامن بين ساحب الكمبيالة ومن يظهرها وغيرهم من الملتزمين بها (م٤٣٨ من قانون التجارة) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الشريك المتضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة ، فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها ، ومن ثم يكون للدائن مطالبة على حده بكل الدين ، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى التزام الطاعن بالرصيد المدين الذى ثبت فى ذمة الشركة بوصفه شريكا متضامنا وأن من حق البنك المطعون ضده خصم هذا الرصيد من حسابه الجارى عملا بما ورد فى عقود فتح الاعتماد ، فإنه يكون قد التزم صحيح القانون " .

(طعن رقم ٦٦٠ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/٦/٧)

٢- " الشريك فى شركة تضامن أو الشريك المتضامن فى شركة توصية يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة ، فيكون مدينا متضامنا مع الشركة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها والحكم بإشهار إفلاس الشركة يستتبع حتما إفلاسه ويكون حجة عليه ولو لم يكن مختصما فى الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم ".

(طعن رقم ٣٣٩٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٦)

٦- التضامن فى الغرامة التى يحكم بها على المتهمين فى جريمة واحدة (المادة ٤٤ عقوبات) .

ويجب أن يبين الحكم الذى يقضى بالتضامن مصدر هذا التضامن وإلا شابه قصور يوجب نقضه[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- قد يكون مصدر التضامن السلبى أو الإيجابى تعبيرا عن الإرادة : كتصرف ينعقد بإرادة منفردة أو عقد من العقود .

ومن الأصول المقررة أن التضامن بنوعيه لا يفترض، وليس يقصد بذلك إلى وجوب اشتراطه بصريح العبارة ، فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا ، ولكن ينبغى أن تكون دلالة الاقتضاء ، فى مثل هذه الحالة ، واضحة لاخفاء فيها . فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن يؤول لنفى التضامن لا لإثباته .

٢- هذا وقد يكون نص القانون مصدرا للتضامن السلبى . ومن ذلك مثلا تقرير التضامن بمقتضى نص خاص فى المسئولية التقصيرية، عند تعدد المسئولين عن الفعل الضار (أنظر المادة ٢٣٦ من المشروع) [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٧٩ .

(٢) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ٣ ص ٥١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التضامن بين المدينين لا يجوز افتراضه ويجب ألا يكون محل شك فى العبارة التى تضمنته ، فإذا لم يكن واضحا بجلاء فسرت العبارة لمصلحة المدينين لأن الأصل هو عدم تضامنهم.

ومؤدى ذلك مرتبطا بنص الفقرة الأولى من المادة ٢٦ من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٤ بشأن الضريبة على العقارات المبنية أن يكون مالك الأرض التى أقيم عليها البناء المطالب بضريبته كفيلا متضامنا مع مالك البناء فى أداء هذه الضريبة باعتبار التزام مالك الأرض التزاما تابعا لالتزام مالك البناء المدين أصلا بالضريبة ".

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/١/٩)

٢- " لا يفترض التضامن ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف ".

(طعن رقم ١٨٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦)

٣- " إنه وإن كان التظهير التأمينى يعتبر بالنسبة للمدين الأصلى فى الورقة التجارية فى حكم التظهير الناقل للملكية ويحدث أثره ، إلا أنه فى مواجهة المظهر الراهن لا ينتقل الحق الثابت فى الورقة التجارية إلى المظهر إليه المرتهن بل يظل هذا الحق

للمظهر الراهن للورقة ولكن يلتزم المظهر إليه بالمحافظة على الورقة المرهونة والحق الثابت فيها وتحصيل قيمتها في ميعاد الاستحقاق ليستنزل منه دينه ويرد ما يتبقى منه لمدينه المظهر ، أما إذا رفض المدين الأصلي في الورقة الوفاء بقيمتها تعين على المظهر إليه اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على الحق المثبت في الورقة وهو وشأنه بعد ذلك في الرجوع على المدين الأصلي بقيمة الورقة أو الرجوع على المظهر الراهن بالدعوى الناشئة عن الدين الذي ظهرت الورقة ضمانا للوفاء به، لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن السندات الإذنية الأربعة موضوع التداعي قد ظهرتها شركة أفرينو المندمجة في الشركة المطعون ضدها على سبيل الضمان ، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلب البنك الطاعن (المظهر إليه المرتهن) إلزام الشركة المطعون ضدها (المظهرة الراهنة) بطريق التضامن مع المدين الأصلي بتلك السندات تأسيسا على أن البنك الطاعن لا يملك الرجوع على الشركة المطعون ضدها إلا بالدعوى الأصلية الناشئة عن الدين الذي قدمت السندات لضمانه ، فإن الحكم يكون قد صادف صحيح القانون ، ولا محل للتمسك بالمادة ١٣٧ من قانون التجارة التي تنص على أن المظهر يضمن للمظهر إليه دفع قيمة الورقة التجارية على وجه التضامن مع ساحبها ، ذلك أن الحكم المنصوص عليه في تلك المادة قاصر على التظهير الناقل للملكية ".

(طعن رقم ١١١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/٤/١٤)

٤- " الشريك فى شركة التضامن يسأل فى أمواله الخاصة عن كافة ديون الشركة بالتضامن مع بقية الشركاء عملا بنص المادة ٢٢ من قانون التجارة ولو كان الدين محل المطالبة ثابتا فى ذمة الشركة وحدها ، ودون نظر لنصيب الشريك فى رأس مال الشركة إذ أن مسئوليته بلا حدود " .

(طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/٣/٢٦)

٥- " المقرر أنه إذا عين العقد المنشئ للالتزام المتعدد فى طرفيه نصيب كل من الدائنين أو المدينين ولم ينص على التضامن بين هؤلاء أو لتلك فإن الالتزام يكون قابلا للانقسام عليهم بحسب أنصبتهم التى عينها العقد ... الخ ".

(طعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٨)

٥٣- التضامن مفترض فى المسائل التجارية :

تنص المادة ٤٧ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أن :

" ١- يكون الملتزمون معا بدين تجارى متضامنين فى هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

٢- ويسرى هذا الحكم فى حالة تعدد الكفلاء فى الدين التجارى".

فقد جعل النص الأصل هو تضامن الملتزمين بدين تجارى

ولايستثنى من ذلك سوى الحالات التى ينفى فيها التضامن بنص فى القانون أو باتفاق الطرفين .

وبذلك يكون هذا النص قد جاء استثناء علـــى القاعـــدة العامـــة المنصوص عليها فى المادة ٢٧٩ مدنى .

والحكمة من افتراض التضامن فى الديون التجارية هو دعم الائتمان التجارى الذى يقوم على الثقة التى استقرت فى المحيط التجـــارى ، فيقدم ضمانة أكيدة للدائن بأن يتيح له الرجوع على أحد المـــدينين يطالبه بالدين كله ، كما يجنب الدائن إفلاس أو إعسار أحدهم .

وهذه الضمانة فى ذات الوقت تيسر للتجـــار الحصـــول علـــى الائتمان اللازم لهم .

ولم يرد للنص السابق مقابل فى قانون التجارة القديم .

ولكن ذهب الرأى الراجح فى ظله والذى أخذ به القضاء إلـــى افتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى فـــى حالـــة تعـــددهم للاعتبارات التى ذكرناها سلفا .

كما أن القانون القديم أقام التضامن بنصوص صريحة فى مواضع عديدة [١].

٥٤ـ الفرق بين التضامن والتضامم :

راجع المجلد الثالث بند (٣٦٥) .

---

(١) راجع فى التفصيلات مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجـــارة الجديد المجلد الثانى شرح المادة ٤٧ .

مـــادة (٢٨٠)

١- إذا كان التضامن بين الدائنين ، جــاز للمـــدين أن يــوفى الدين لأى منهم ، إلا إذا مانع أحدهم فى ذلك .

٢- ومع ذلك لا يحول التضامن دون انقسام الدين بين ورثـــة أحد الدائنين المتضامنين . إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام .

الشـــرح

٥٥- الوفـاء لأى من الدائنين المتضامنين :

لكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يطالب المدين بكل الدين، كما يجوز لهم جميعا مطالبته بكل الدين .

ويجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأى من الدائنين المتضامنين، فيكون استيفاؤه للدين مبرئا لذمة المدين نحو سائر الـــدائنين . لأن كل دائن متضامن يعتبر فى استيفاء الدين من المدين أصـــيلا عـــن نفسه ونائبا عن سائر المدينين فى حصصهم .

وقد احتاط القانون بالنص على أنه يجوز للدائنين أن يعترضوا على أن يقع الوفاء لأحدهم . فإذا اعترض أحد الدائنين وجب على المدين أن يؤدى الالتزام للدائنين مجتمعين أو يودع الشئ لحسابهم . فإن قام بالوفاء لأحدهم رغم الاعتراض فلا تبرأ ذمته قبـــل بـــاقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له .

ويترتب على ما تقدم أنه إذا اتخذ أحد الدائنين إجراءات المطالبة قبل المدين ، تعين على هذا أن يوفى الدين لذلك الدائن ولمن ينضم إليه فى الإجراءات دون غيرهم من سائر الدائنين وليس له حينئذ أن يحتج بوفاء أداه لدائن آخر بعد المطالبة إلا بقدر حصة الدائن الموفى له . وأخيرا إذا استوفى أحد الدائنين حصته فى الالتزام ، برئت ذمة المدين تجاه الآخرين على قدر تلك الحصة[١].

وتبدو علة الاعتراض هذا فى أن الدائن المتضامن قد يرغب فى توقى خطر إعسار الدائن الذى قام المدين بالوفاء له بكل الدين ، إذ أن ذمة المدين تبرأ بهذا الوفاء قبل الدائنين جميعا . فإذا قام أحدهم باستيفاء كامل الدين ثم أعسر قبل أن يوفى باقى الدائنين حصصهم، تحمل هؤلاء تبعة إعساره ، ولم يجز لهم الرجوع على المدين ، إذ هو قام بالوفاء بكل الدين وبرأت ذمته قبلهم جميعا .

وليس للاعتراض شكل مخصوص ، فيجوز أن يكون مجرد إخطار كتابى أو شفوى يوضح فيه الدائن مقدار حصته حتى يحتجزها المدين له ولا يقوم بالوفاء بها لأى من الدائنين المتضامنين [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٢٦٨ - مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٢٨ ومابعدها .

(٢) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٢٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين . ولهم مجتمعين أو منفـردين ، مطالبـة المدين بالوفاء أمام القضاء "[1].

٥٦ ـ انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ومع ذلـك لا يحـول التضامن دون انقسام الدين بين ورثة أحد الدائنين المتضامنين . إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام " .

ويترتب على ذلك أنه لو أن ثلاثة من الدائنين تضـامنوا فـى استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفى أحدهم عن وارثين متكافئين، فلا يجوز لأيهما أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيها ، ولايجوز للمدين أن يوفى لايهما بأكثر من ١٥٠ جنيها .

أما الدائنان الآخران فيمكن لأيهما المطالبة بالدين كله ، وتبـرأ ذمة المدين بهذا الوفاء .

أما إذا كان الدين غير قابل للانقسام فإنه لاينقسم على الورثة ، ويجوز لأى وارث أن يطالب المدين بالوفاء بكامل الـدين ، كمـا يجوز للمدين أن يوفى الدين كله لأحد الورثة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٥٨ .

ويقوم هذا الوارث بتوزيع الدين حسب حصة كل دائن متضامن، وتبعا لنصيب كل من الورثة الآخرين بعد حجز نصيبه في الإرث[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" وتظل وحدة الدين مكفولة ما بقي الدائن المتضامن حيا . فإذا مات انقسم الدين بين ورثته، مالم يكن غير قابل للانقسام . فلو فرض مثلا أن ثلاثة من الدائنين تضامنوا في استيفاء دين مقداره ٣٠٠ جنيه ، وتوفي أحدهم عن وارثين متكافئي الغرض، فلا يجوز لأيهما ، أن يطالب المدين إلا بمبلغ ١٥٠ جنيها "[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤٣ – عبد المنعم الصده ص ٣١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٥٩ .

مـادة (٢٨١)

١- يجوز للدائنين المتضامنين، مجتمعين أومنفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كل دائـن مـن وصف يعدل من أثر الدين .

ولايجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الـدائنين ، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدين، وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا .

الشــرح

٥٧ـ مطالبة الـدائنين المتضـامنين مجـتمعين أو منفـردين بالـدين :

يجوز للدائنين المتضامنين مجتمعين أومنفردين ، مطالبة المدين بالوفاء ، إذ تكون مطالبة أحدهم بالنيابة عن البـاقين ، ولايجـوز للمدين الامتناع عن الوفاء بالدين لأحدهم فقط .

ويفسر هذا أيضا فكرة وحدة الدين فى الالتزام بالتضامن .

٥٨ـ مراعاة الـدائنين المتضـامنين الوصـف الـذى يلحـق رابطتهم بالمدين :

يجب على الدائنين المتضامنين عند مطالبتهم بالدين مراعاة ما يلحق رابطة كل دائن من وصف يعدل من أثر الدين ذلك أنـه قـد يلحق رابطة بعض الدائنين المتضامنين بالدين وصف يختلف عـن

الوصف الذى تتسم به رابطة البعض الآخر ، كأن يكون الدين معلقا على شرط بالنسبة لفريق منهم ، ومضافا إلى أجل بالنسبة إلى الباقين. إذ فى هذه الحالة يتعين على كل منهم أن يعتد بالوصف اللاصق برابطته ، عند مطالبة المدين بالوفاء . وقد يطرأ مثل هذا الوصف على الرابطة بعد تمام التعاقد ، فقد يرتضى بعض الدائنين مثلا أن يولى المدين أجلا للوفاء بالدين ، وفى هذه الحالة لايجوز أن يحتج على الدائنين الآخرين بهذا الأجل ، ما لم يتضح نقيض ذلك من مشارطة ترتيب الالتزام أو من طبيعة التعامل ، أو من نص فى القانون [١].

وعلى ذلك إذا طالب الدائن الذى لم يحل بالنسبة له أجل الدين ، أو لم يتحقق الشرط المعلق عليه التزامه ، المدين بالدين ، رفضت دعواه قبله باعتبارها سابقة لأوانها[٢] .

٥٩ ـ عدم الاحتجاج بالدفوع الخاصة بغير الدائن الذى يطالب بالدين والاحتجاج بأوجه الدفع المشتركة :

يجوز للمدين أن يحتج على الدائن الذى يطالبه بالوفاء بأوجه الدفاع الخاصة بهذا الدائن ، كالدفع فى مواجهته بالمقاصة بين الدين

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٥٨- عبد المنعم الصده ص ٣٢- سليمان مرقس ص ٣٨١ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٨٢ .

الذى يطالب به وحق له فى ذمته ، أو بالإبراء إذا كان الـدائن قـد أبرأه من الدين . إنما لا يجوز لهذا المدين أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين ، كالـدفع بـالإبراء الـذى يصدر من دائن آخر أو بالمقاصة التى تقع مع دائن آخر ، إلا بقدر حصة هذا الدائن ، وكالإكراه أو التدليس الذى ينسب إلى دائن آخر. وإن كان يصعب أن يقتصر أثر التدليس أو الإكراه على العلاقة مع الدائن الذى صدر منه [١].

إلا أنه يجوز للمدين أن يحتج على الدائن الذى يطالبه بالوفـاء بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعا والخاصة بالدين ، وذلـك مثل الدفع بالبطلان النسبى لنقص الأهلية أو البطلان المطلق لعـدم مشروعية السبب .

وتفسر الأحكام الواردة بهذا البند والبند السابق عليه ، بفكرة تعدد الروابط بين الدائنين المتضامنين والمدين ، لأنـه وإن كانـت القاعدة هى وحدة الدين ، بمعنى أن هناك موضوعا واحدا لالتـزام المدينين المتضامنين وأن كلا منهم قد التزم بالدين كله ، إلا أن ذلك لاينفى أن هناك عدة دائنين قد يختلف مركز كل منهم إزاء المـدين عن مركز الآخر . فكل من المدينين المتضامين قد التزم بالدين بناء

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٣ ومابعدها – نبيـل إبـراهيم سـعد ص٢١٧ .

على إرتباط قانونى خاص به . واتفاق هذه الروابط المتعددة من حيث الموضوع لا ينفى استقلال كل منها عن الآخر[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما فيما يتعلق بالوفاء ، فلكل دائن من الدائنين المتضامنين أن يستأدى المدين كل الدين . ولهم ، مجتمعين أو منفردين ، مطالبة المدين بالوفاء أمام القضاء ، ولايجوز له إذا عمد أحدهم إلى مطالبته ، على هذا الوجه ، أن يحتج إلا بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن أو بالأوجه المشتركة بين الدائنين جميعا ، أما أوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين (كالغش، أو الإكراه الصادر منهم) فيمتنع عليه الاحتجاج بها "[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٥٨ .

مـــادة (٢٨٢)

١- إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء ، فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله .

٢- ولايجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين .

الشـــرح

٦٠ ـ براءة ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء :

إذا برئت ذمة المدين قبل أحد الدائنين المتضامنين بسبب غير الوفاء فلا تبرأ ذمته قبل باقى الدائنين ، إلا بقدر حصة الدائن الذى برئت ذمة المدين قبله . ذلك أن الدائن المتضامن لا يعتبر نائبا عن جميع الدائنين إلا فى استيفاء الدين حين يرجع عليه كل منهم بحصته فيه ، دون أسباب الانقضاء الأخرى التى لا يكون فيها إلا أصيلا عن نفسه . فإذا انقضى الدين لسبب غير الوفاء كالمقاصة أو اتحاد الذمة أو الإبراء مثلا ، بالنسبة لأحد الدائنين المتضامنين ، برئت ذمة المدين قبل بقية الدائنين بقدر حصة هذا الدائن وحده وظل ملتزما قبلهم ببقية الدين [١].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٣٤- سمير عبد السيد تناغو ص ٢٧١ ومابعدها .

٦١- سريان النيابة التبادلية بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر :

أشارت الفقرة الثانية من المادة إلى استبعاد مبدأ النيابة التبادلية كلما كان فى الأخذ به ما يسئ إلى مُركز الدائنين المتضامنين ، فالنيابة التبادلية تكون بين الدائنين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر ، وذلك بنصها على أن : " لايجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين" .

فإذا أعذر أحد الدائنين المتضامنين المدين استفاد الباقون من هذا الإعذار . أما إذا أعذر المدين أحد الدائنين المتضامنين فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى الدائنين .

وإذا قطع أحد الدائنين التقادم انقطع بالنسبة للباقين . ويستحق الدائنون جميعا الفوائد من وقت أن يطالب أحدهم بها مطالبة قضائية. ويستفيدون جميعا من إقرار المدين لأحدهم ، ومن الحكم الذى يصدر لصالح أحدهم إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بهذا الدائن ، ولايحتج عليهم بالحكم الذى يحصل عليه المدين ضد أحد الدائنين إلا بقدر حصة هذا المدين ، وهكذا[١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤٥- محمود جمال الدين زكى ص ١٣٤ ومابعدها.

مـــادة (٢٨٣)

١- كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين من الدين يصـــير من حق الدائنين جميعا ويتاحصون فيه .

وتكون القسمة بينهم بالتساوى ، إلا إذا وجد اتفـــاق أو نـــص يقضى بغير ذلك .

الشــرح

٦٢- ما يستوفيه الدائن المتضامن يصير من حق الدائنين جميعا:

يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمـــدين ، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدئنين بعضـــهم بـــبعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامنين مـــن المدين ليس حقا خالصا له ، بل يشاركه فيه باقى الدائنين .

ويكون لكل من الدائنين المتضامنين الحق فى الرجـــوع علـــى الدائن المستوفى لمطالبته بنصيبه من هذا الدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" .. يعتبر الدين وحدة لا تقبل التجزئة فى صلة الدائنين بالمدين، ولكنه على نقيض ذلك ينقسم فى صلة الدائنين بعضـــهم بـــبعض . ويتفرع على ذلك أن كل ما يستوفى أحد الدائنين من الدين يصـــير من حق هؤلاء الدائنين جميعا ، ويتحاصون فيه بنسب أنصـــبائهم ، وفقا لما اتفقوا عليه صراحة أو ضمنا ... الخ "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦٠ ومابعدها .

والدعوى التى يرجع بها الدائن هى دعوى الشخصية ، إذ لا يتصور أن يتخذ دعوى الحلول أساسا فى هذا الشأن .

ويتأسس حق الرجوع على الوكالة الضمنية ، ذلك لأن قبض أحد الدائنين لجميع الدين إنما يكون أصالة فى حصته ووكالة عن سائر الدائنين وإن تعذر وجود هذه الوكالة ، فإن الدائن المستوفى يكون أصيلا عن نفسه وفضوليا عن سائر الدائنين [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وليس يبقى بعد ذلك سوى بيان الأساس الفقهى الذى يقوم عليه رجوع الدائنين المتضامين فيما بينهم . وغنى عن البيان أن دعوى الحلول لا يتصور أن يتخذ أساسا فى هذا الشأن . فالأمر ينحصر إذن فى الدعوى الشخصية وهو تؤسس على ما يكون بين هؤلاء الدائنين من علاقات سابقة قد يكون مصدرها وكالة أو فضالة "[٢].

٦٣ـ قسمة الدين الموفى بين الدائنين :

يكون رجوع الدائنين المتضامنين على بعضهم بالدين الذى استوفاه أحدهم ، وفقا للاتفاق الذى تم بينهم أو النص القانونى إن كان هناك نص .

---

(١) محمد على عمران ص ١٨٣- نبيل إبراهيم سعد ص ٢٤٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦١ .

وإذا لم يوجد اتفاق على تحديد على تحديد نصيب كل من الدائنين فى الدين ، أو لم يوجد نص يحدد هذا النصيب ، افترض أن حصة كل منهم مساوية لحصة الآخرين ، وينقسم الدين بينهم بطريق التساوى [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص فى القانون بشأن القسمة، اقتسم الدين سوية بين الدائنين . فلو فرض أن أحد دائنين ثلاثة استوفى كل الدين ، وكان مقداره ٣٠٠ جنيه ، تعين اقتسام المبلغ بينهم بالتساوى ، فيكون لكل من الدائنين الآخرين أن يرجع على الدائن الأول بمبلغ ١٠٠ جنيه . ولو فرض أن هذا الدائن أعسر إعسارا جزئيا ، لا يتاح معه إلا أداء نصف ديونه ، تحمل الدائنان الآخران تبعة هذا الإعسار كل بنسبة نصف نصيبه وكذلك يكون الحكم لو أن المدين نفسه هو الذى أعسر ولم يتيسر لمن طالبه من الدائنين المتضامنين إلا استيفاء نصف الدين أى مبلغ ١٥٠ جنيها فلا يكون لكل من الدائنين الآخرين فى هذه الحالة أن يستوفى إلا مبلغ ٥٠ جنيها وعلى هذا النحو يتحمل الدائنون الثلاثة تبعة هذا الإعسار كل بنسبة النصف من نصيبه "[2].

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص٢٧٣ومابعدها - محمد لبيب شنب ص٣٥٢ ومابعدها .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٦١.

مـــادة (٢٨٤)

إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين مبـــرئ لذمة الباقين .

الشـــرح

٦٤ـ وفاء أحد المدينين المتضامنين مبرئ لذمة الباقين :

إذا وفى أحد المدينين المتضامنين أو بعضهم بالدين كله ، برأت ذمتهم وذمة سائر المدينين من هذا الدين فلا يكـون للـدائن وقـد استوفى حقه كاملا أن يطالب أيا منهم بعد ذلك بالوفاء . وإذا كـان ما وفاه أحد المدينين هو جزء فقط من الالتزام ، فإن ذمة المـدينين تبرأ من هذا الجزء ، فلا يكون للدائن أن يطالب أيا مـنهم إلا فـى حدود ما تبقى من الالتزام بدون وفاء . وليس للـدائن أن يـرفض قبول الوفاء بكل الدين الحاصل من أحد المدينين [١].

وإذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين فيجوز لهذا الأخيـر أن يدخل المدينين الآخرين فى الدعوى ، حتى إذا صدر عليه الحكم بدفع كل الدين للدائن فإنه يصدر فى نفس الحكم أيضـا مـا يلـزم المدينين الآخرين بدفع نصيبهم فى الدين للمدين الذى دفع كل الدين للدائن .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٤٣ .

ويجوز لهؤلاء أن يتدخلوا فى الدعوى من أنفسهم ، كما يجوز للقاضى أن يدخلهم فى الدعوى من تلقاء نفسه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"فلكل مدين متضامن أن يوفى الدين بأسره ، ويكون وفاؤه هذا مبرئا لذمة الباقين . وعلى هذا النحو لا يكون من حق الدائن أن يطالب بالوفاء بكل الدين فحسب ، بل ويكون من واجبه كذلك أن يقبل أداءه ، وقد تقدمت الإشارة إلى نظير هذا الحكم فى التضامن الإيجابى "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يجوز للدائن مطالبة أحد المدينين المتضامنين بكل الدين ولايكون لهذا الأخير طلب إدخال المدينين الآخرين المتضامنين معه لاقتسام الدين إنما يجوز اختصامهم للرجوع عليهم بما يؤديه من الدين كل بقدر نصيبه " .

(طعن رقم ٥٠٠٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦٦ .

مــادة (٢٨٥)

١- يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى فى ذلك ما يلحق رابطة كـل مـدين مـن وصف يعدل من أثر الدين .

٢- ولايجوز للمدين الذى يطالبه الـدائن بالوفـاء أن يحـتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعا .

الشرح

٦٥- مطالبة الدائن المدينين المتضامنين بالـدين مجـتمعين أو منفردين :

يجوز للدائن أن يطالب أى مدين متضامن منفردا بكل الـدين ، كما يجوز له أن يطالب المدينين مجتمعين . وللدائن مطلق الحريـة فى اختيار من يوجه إليه المطالبه منهم . ولـه إذا طالـب أحـدهم منفردا فلم يصل إلى استيفاء حقه كاملا بسبب إعساره ، أن يعـود فيطالب أيا من المدينين الآخرين بباقى الدين .

وليس لمن طولب من المدينين منفردا بالـدين كلـه أن يطلـب إدخال المدينين الآخرين بغية استصدار الحكم بالدين منقسما عليهم، بل كل ماله هو أن يدخل المدينين الآخرين علـى أسـاس أن لـه الرجوع عليهم بما يؤديه للدائن رائدا عن نصيبه فى الدين . حتـى

إذا ما حكم عليه بكل الدين حكم له على كل من الآخرين بقدر حصته . ويكون للمدين أن يطلب تأجيل الدعوى لإدخال المدينين الآخرين عملا بالمادة ١١٩ مرافعات[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " النص فى المادة ١٦٩ من القانون المدنى على أنه "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ..." ، وفى الفقرة الأولى من المادة ٢٨٥ منه على أنه " (١) يجوز للدائن مطالبة المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين .." مفاده أن كلا من المسئولين عن العمل الضار يكون ملتزما فى مواجهة الدائن بتعويض الضرر كاملاً غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته بالدين إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين ".

(طعن رقم ٣٢٢١ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٤)

٢- يجوز للدائن مطالبة أحد المدينين بكل الدين دون أن يكون لهذا الأخير طلب إدخال المدينين الآخرين المتضامنبن معه أو المتضامين معه لاقتسام الدين . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق المطعون ضدهما اختصما الشركة الطاعنة للمطالبة

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣١٨ ومابعدها .

بالتعويض الأدبى والموروث والمؤمن لديها عن السيارة رقم ....
أجرة فيوم والتى تسبب قائدها بخطئه وإهماله فى إصابة ابنة
المطعون ضدهما بالإصابات التى أودت بحياتها وقدم المتهم وآخر
هو قائد السيارة رقم ... نقل فيوم للمحاكمة الجنائية وقضى بإدانتهما
بحكم نهائى وبات فلا على المطعون ضدها إن اختصما الشركة
الطاعنة وحدها للمطالبة بكامل التعويض ، ويكون الدفع بعدم قبول
الدعوى لرفعها على غير ذى صفة غير قائم على أساس قانونى
صحيح ، ولا يعيب الحكم الالتفات عنه ".

(طعن رقم ٥٠٠٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣)

٦٦ـ وجوب مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين :

يجب على الدائن المتضامن عند مطالبة المدينين بالدين ، مراعاة ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين.

فقد تكون رابطة أحد المدينين موصوفة بوصف يعدل من أثر الالتزام بالنسبة إليه ، كأجل أو شرط ، وتكون رابطة غيره بسيطة منجزة . وقد يتفق على إضافة الالتزام إلى أجل واقف بالنسبة للمدينين جميعا ، ثم يسقط الأجل بالنسبة لأحدهم بسبب شهر إعساره فتصير رابطته منجزة ويظل الأجل باقيا بالنسبة لسائر المدينين . فى مثل هذه الحالات يجب على الدائن أن يراعى فى مطالبة المدينين المتضامنين ما يلحق رابطة كل من مدين من

وصف يعدل من أثر الدين . فلا يجوز للدائن مطالبـة مـن كـان التزامه مؤجلا أو مشروطا إلا بعد حلول الأجل او تحقق الشرط .

ومادام أن الوصف خاص برابطة أحد المدينين فإن الدفع المبنى عليه يكون دفعا خاصا بهذا المدين وحده لايجوز لغيره من المدينين أن يحتج به .

فإذا كان الالتزام مؤجلا بالنسبة لأحد المدينين ، فلهذا أن يتمسك بالأجل إذا طالبه الدائن بالوفاء قبل حلوله ، ولايجوز ذلك للمـدينين الآخرين ، بل يتعين على من يطالبه الدائن بالوفاء منهم أن يـوفى بالدين كاملا فى الحال ، فليس له أن يتمسك بالأجل ولو بقدر حصة المدين الأول

٦٧ـ الاحتجاج بأوجه الدفع الخاصـة :

قد تكون رابطة أحد المدينين معيبة بعيب خاص لم يتحقـق بالنسبة لسائرهم ، كأن يكون أحد المدينين المتضامنين قد تعاقد وهو ناقص الأهلية فى حين كان المدينون الآخرون أهـلا للتعاقـد ، أو يكون هناك عيب شاب رضاه ، كغلط أو إكراه ، دون أن يؤثر فى رضاء غيره . فيكون لهذا المدين وحده أن يطلـب إبطـال العقـد بالنسبة إليه ، ولا يجوز ذلك للمدينين الآخرين ، بل يظـل العقـد- بعد الحكم بإبطاله بالنسبة للمدين الأول - صحيحا بالنسـبة لسـائر المدينين ويبقى للدائن الحق فى مطالبة أى منهم بالدين كله .

٦٨ـ تفسير الأحكام السابقة بتعدد الروابط بين الدائنين والمدينين المتضامنين :

يفسر ما ذكرناه سلفا من أحكام تتعلق بمراعاة الدائن فى مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل من أثر الدين ، ومن عدم جواز احتجاج المدين بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين ، بفكرة تعدد الروابط بين علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ومقتضى هذه الفكرة أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومستمدة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فإن عيوب رابطة منها لاتتعداها إلى رابطة أخرى ، وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فإن زوال هذا الالتزام لايمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم ملتزما قبل الدائن بالدين بأسره .

٦٩ـ الاحتجاج بأوجه الدفع المشتركة بين المدينين المتضامنين:

يجوز للمدين المتضامن أن يدفع المطالبة بالدين بأوجه الدفاع المشتركة بين المدينين جميعا ، أى التى لا تخص مدينا بعينه ، وإنما يشترك فيها سائر المدينين ، ذلك أن الدين واحد بالنسبة إلى جميع المدينين المتضامنين .

ومثال ذلك :

١- أسباب البطلان التى تعم تعهدات المدينين جميعا . سواء فى ذلك البطلان المطلق لعدم استكمال العقد للشكل الواجب أو لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته أو لعدم استكمال المحل للشروط الواجبة ، أو أسباب البطلان النسبى التى تحققت بالنسبة لكافة المدينين كغلط أو إكراه شاب رضاءهم جميعا .

٢- الأوصاف التى تلحق تعهدات المدينين جميعا . فإذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل واقف بالنسبة لكافة المدنيين فمن البديهى أنه لا يجوز للدائن مطالبة أى من المدينين قبل تحقق الشرط أو انتهاء الأجل .

٣- أسباب الانقضاء العامة التى تقضى الدين فى جملته ، كالوفاء والتجديد واستحالة التنفيذ لسبب أجنبى والتقادم المسقط إذا تحقق بالنسبة للمدينين جميعا . ومن ذلك أيضا المقاصة التى تقع بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين إذا تمسك بها هذا المدين ، فهى تقضى الدين فى جملته ، بحيث إذا عاد الدائن بعد ذلك يطالب أحد المدينين الآخرين كان لهذا أن يحتج بانقضاء الالتزام بالمقاصة[1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٣٠ ومابعدها - مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٢٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى انه

للدائن فى التضامن السلبى أن يطالب كلا من المدينين المتضامنين بالدين بأسره ، كما هو الشأن فى التضامن الإيجابى . وله أن يطالب هؤلاء المدينين بالوفاء أمام القضاء ، مجتمعين أو منفردين ، ولا يجوز لمن يطالب بالوفاء منهم على هذا الوجه ، أن يحتج الا بأوجه الدفع الخاصة بشخصه (كالغلط أو الإكراه اللذين شابا رضاءه) والأوجه المشتركة بين المدينين جميعا (كما إذا كان الالتزام باطلا لعدم مشروعية السبب ، أو كما إذا كان قد انقضى بالوفاء) . أما الدفوع الخاصة بغيره من المدينين (كالغلط أو الغش أو الإكراه الذى شاب رضاء هؤلاء ، دون أن يؤثر فى رضائه) فيمتنع عليه الاحتجاج بها . وقد تلحق روابط المدينين المتضامنين بالدائن أوصاف مختلفة ، كما يقع ذلك فى التضامن الإيجابى ، وفى هذه الحالة ، يتعين على الدائن أن يعتد بكل وصف من هذه الأوصاف عند المطالبة [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تفسير القواعد الخاصة بالتضامن السلبى والايجابى منوط بفكرتين هما وحدة الدين وتعدد الروابط . ومن مقتضى الفكرة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦٥ ومابعدها .

الأولى فى التضامن السلبى أن يكون كل من المدينين المتضامنين ملتزما فى مواجهة الدائن بالدين كاملا غير منقسم وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهم على انفراد أو إليهم مجتمعين وإذا وجه إلى أحدهم ولم يفلح فى استيفاء الدين منه كله أو بعضه فله أن يعود بمطالبة المدينين الآخرين أو أى واحد منهم يختاره بما بقى من الدين كما أن له إذا ما طالبهم مجتمعين أمام القضاء أن يتنازل عن بعضهم ويحصر مطالبته بجملة الدين فى أحدهم أو بعضهم دون أن يسوغ لهؤلاء أن يطالبوه باستنزال حصة من حصل التنازل من مطالبته منهم ومن مقتضى الفكرة الثانية أن كل مدين تربطه بالدائن رابطة مستقلة ومتميزة عن الروابط التى تربط المدينين الآخرين بهذا الدائن فإذا شابت رابطة أحد المدينين المتضامنين بالدائن عيوب خاصة بها مع بقاء الروابط الأخرى التى تربط هذا الدائن بالمدينين الآخرين سليمة فإن عيوب رابطةمنها لا تتعداها إلى رابطة أخرى ، وإذا زال الالتزام بالنسبة للمدين الذى اعترى رابطته الفساد فإن زوال هذا الالتزام لا يمس التزام المدينين الآخرين فيظل كل واحد منهم مُلتزما قبل الدائن بالدين بأسره ويكون للمدين الذى تعيبت رابطته وحده الحق فى التمسك بالعيب الذى شاب رابطته ولا يكون له أن يطالب باستنزال حصة المدين الذى تعيبت رابطته فهذه الحصة لاتستنزل مادام العيب قاصرا على

رابطة دون غيرها – وكل هذا تطبيق لما نصت عليه المـــادة ٢٨٥ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٣/١٦)

٢- " إذا أقام الدائن دعـــواه بطلـــب الـــدين علـــى المـــدينين المتضامنين مجتمعين وصدر فيها الحكم لصالحه ، فإن الاســـتئناف المرفوع من المحكوم عليهم بالتضامن لا يتعدد بتعددهم ، والحكـــم الصادر برفض هذه الاستئنافات وتأييد الحكم الابتدائى ، إنما هـــو بمثابة حكم جديد بذات حق الدائن الذى لا يتعدد بتعـــدد المســـئولين عن الالتزام التضامنى ، بل يقوم على وحدة المحل ، كمـــا يقـــوم المدينون المتضامنون بعضهم مقام البعض فى الاحتجاج على الدائن بأوجه الدفع المشتركة بينهم جميعا ، وينصب استئناف كـــل مـــنهم على نفس طلبات الآخرين وهو ما يجعلها فـــى حكـــم الاســـتئناف الواحد، يستحق بالنسبة لها رسم واحد ، ولا وجه للقول باســـتقلال كل مدين فى الخصومة وفى مسلكه والطعن على ما يصدر فيها من أحكام واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهم مستقلا عن اســـتئناف الآخر بصدد تسوية الرسوم المستحقة عنه كما أن صـــدور الحكـــم بإلزام المطعون عليه – أحد المحكوم عليهم بالتضامن- بمصروفات استئنافه وبإلزام باقى المحكوم عليهم بمصروفات استئنافهم ، لايعتبر مانعا من تقدير الرسوم المستحقة على هذه الاستئنافات وتســـويتها وفقا لأحكام القانون . وبالتالى فإن الحكم المطعون فيـــه إذ قضـــى

باحتساب رسم واحد عن جميع الاستئنافات لا يكون قد خالف الحكم السابق أو مس حجيته .

(طعن رقم ٤٨٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٢)

٧٠ ـ وجوب طلب القضاء بالتضامن

راجع المجلد الثالث بند (٣٦٣) .

٧١ ـ هل يجب أن ينص الحكم فى منطوقه على التضامن ؟

راجع المجلد الثالث بند (٣٦٤) .

٧٢ـ المطالبة أمام محكمة الاستئناف بالتضامن بعد النزول عنه تعد طلبا جديدا :

إذا تنازل الدائن أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن ، ثم أبداه ثانية أمام المحكمة الاستئنافية فإنه يكون طلبا جديدا ، ويجب القضاء بعدم قبوله .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى تنازل المدعى أمام محكمة أول درجة عن طلب التضامن فإنه لا يملك العودة إلى طلب التضامن فى الاستئناف إذ يعد هذا الطلب طلبا جديدا لا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وفقا للمادة ١/٤١١ مرافعات ".

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٦١/٤/٦)

مـــادة (٢٨٦)

يترتب على تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين أن تبرأ ذمة باقى المدينين ، إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم .

الشـــرح

٧٣- أثر تجديد الدين بين الدائن وأحد المدينين المتضامنين :

المقصود بتجديد الدين أن يستبدل الطرفان بـــالالتزام الأصـــلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره أو شخص الدائن أو المدين فيقوم بدلا منه التزام جديد يختلف عنه .

وينبنى على ذلك أنه إذا اتفق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الالتزام ، فإن التجديد يقضى الالتزام بإنشاء التزام جديد يقوم مقامه ، ويترتب على ذلك براءة ذمة باقى المدينين من الالتزام التضامنى ، ولا يلزمون بالالتزام الجديد فلا يلتزم بـــه إلا المـــدين الذى اتفق مع الدائن على التجديد ، إذ ليس لهذا المدين صفة فى أن يحملهم بالتزام جديد ، فيتحمله وحده ، على أن يكون له الرجـــوع على الباقين كل بقدر حصته فى الدين الـــذى انقضـــى بالتجديـــد. ويعنينا هنا أن التجديد ، وهو قضاء للالتزام بما يعـــادل الوفـــاء ، يترتب عليه ما يترتب على الوفاء من أحد المدينين ، بـــراءة ذمـــة الباقين قبل الدائن . على أن ذلك مشروط بألا يكون الدائن قد احتفظ بحقه قبلهم ، بأن اشترط الدائن لتمام التجديد أن يرتضى المـــدينون

الآخرون الارتباط بالالتزام الجديد . فإذا أبوا ذلك فلا ينعقد التجديد، ويظل الالتزام القديم قائما لا تبرأ ذمتهم منه [١].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يترتب على اتفاق الدائن مع أحد المدينين المتضامنين على تجديد الدين أو استبداله ، انقضاء الالتزام القديم وبراءة ذمة باقى المدينين منه ، ما لم يرتض هؤلاء الارتباط بالتعهد الجديد . فإذا لم يرتضوا ذلك وكان الدائن قد اشترط رضاءهم فلا ينعقد التجديد ، ويظل الالتزام القديم قائما (أنظر فى هذا المعنى المادة ١٨١/١٩٧١ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٣١ من التقنين اللبنانى ، والمادة ١٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى).

٢- ويختلف الحكم بعض الاختلاف فيما يتعلق بالتضامن الإيجابى ، فالتجديد الذى ينعقد بين دائن من الدائنين المتضامنين والمدين لا يبرئ هذا المدين قبل باقى الدائنين ، ولكنه يستتبع انقضاء الدين القديم بالنسبة لذاك الدائن وحده ، أما الدائنون الذين لم يكونوا طرفا فى التجديد فيظل الدين القديم قائما بالنسبة لهم ، ويكون لكل منهم أن يطالب بهذا الدين ، بعد استنزال حصة الدائن الذى ارتضى هذا التجديد (أنظر المادة ١٥٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى) "[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣١٩ ومابعدها- الدكتور المستشار محمد شتا التقنين المدنى الجزء الثانى ص ٩٣٧ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٦٨ .

مـــادة (٢٨٧)

لايجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بـــين الدائن ومدين متضامن آخر ، إلا بقدر حصة هذا المدين .

الشـــرح

٧٤- التمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين آخـر :

إذا توافرت شروط المقاصة بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ، جاز له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، فإن كان حـق المـــدين يساوى أو يجاوز قيمة الدين التضامنى ، فإن هذا الـــدين ينقضـــى بالمقاصة متى تمسك بها هذا المدين عند رجوع الدائن عليه ، ثـــم يرجع المدين على باقى المدينين كل بقدر حصته فى الدين .

أما إذا طالب الدائن مدينا متضامنا آخر غيـــر الـــذى تحققـــت شروط المقاصة بالنسبة إليه ، فيكون لهذا الأخير أن يدفع أيضا فى مواجهته بالمقاصة التى تحققت شروطها بين الدائن والمدين الآخر ، ولكن فى حدود حصة هذا المدين . وحينئذ يقتصر الالتـــزام علـــى قيمة الدين منقوصا منه قيمة تلك الحصة ، ثم يرجع المدين علـــى باقى المدينين كل بقدر حصته ولا يرجع علـــى المـــدين صـــاحب المقاصة فهذا قد استوفى الدائن حصته بالمقاصة فلم يشملها الوفـــاء الذى قام به المدين الموفى[١] .

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٢ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢١٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تبرأ ذمة من يوفق من المدينين المتضامنين إلى الاحتجاج بالمقاصة على الدائن . ويكون له أن يرجع على باقى المدينين كل بقدر حصته ، ولكن إذا عمد الدائن إلى مطالبة هؤلاء المدينين ، فله أن يقتضى كلامنهم جملة الدين، بعد استنزال حصة الدين الذى وقع القصاص معه (أنظر ما بين المادتين ٢١٠/ ٢٦٥، ١١٣/ ١٦٩ من التقنين الحالى من تناقض ملحوظ "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ١١٥ من القانون المدنى القديم إذ نصت على أنه "إذا قام أحد المدينين المتضامنين فى الدين بأدائه أو وفائه بطريق المقاصة مع الدائنين جاز له الرجوع على باقى المدينين كل منهم بقدر حصته ". فقد أفادت بذلك – وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض– أنه يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون قد أوفى أكثر من نصيبه فى الدين " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧٠ .

مـــادة (٢٨٨)

إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضـــامنين ، فـــإن الدين لا ينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين ، إلا بقدر حصة المدين التى اتحدت ذمته مع الدئن .

الشـــرح

٧٥ـ انقضاء الدين فى حالة اتحاد الذمة بقدر حصة المدين :

إذا اتحدت الذمة بين الدائن وأحد مدينيه المتضامنين فإن الـــدين لاينقضى بالنسبة إلى باقى المدينين إلا بقدر حصة المـــدين الـــذى اتحدت ذمته مع الدائن .

ويقع اتحاد الذمة بين الدائن وأحد المـــدينين المتضـــامنين فـــى حالتين :

الأولى : أن يموت الدائن فيرثه المدين .

والثانية : أن يموت المدين فيرثه الدائن .

ونفرض فى الحالتين أن المدينين ثلاثـــة زيـــد وبكروعمـــرو ، متضامنين فى مبلغ ستمائة جنيه بالتساوى فيما بينهم .

ففى الحالة الأولى التى يتوفى فيها الدائن ويرثه أحد المدينين ، وليكن زيدا وارثا وحيدا ، فتتحد الذمتان فى شخص المدين وينقضى الدين باتحاد الذمة ، ويكون زيد بالخيار بين أن يعتبر نفسه مـــدينا وفى الدين عن طريق اتحاد الذمة ليرجع على بكر وعمرو كل بقدر

حصته وهى ٢٠٠ جنيه ، أو أن يعتبر نفسه دائنا ، مكان مورثـــه، فى الدين التضامنى ليرجع كما يشاء على بكر أو على عمرو بهـــذا الدين بعد أن يستنزل منه حصته فيه وقدرها ٤٠٠ جنيه ، ويكـــون لمن وفاه منهما أن يرجع على الآخر بقدر حصته وهى ٢٠٠ جنيه. وهذا أفضل الاعتبارين بالنسبة لزيد .

وفى الحالة الثانية : وهى أن يتوفى أحد المدينين وليكن زيد ، فيخلفه الدائن وارثا وحيدا .

ولما كان الدين وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية لا ينتقـــل إلـــى الوارث ، بل يبقى فى التركة حتى ينقضى ، بحيث لا يـــؤول إلـــى الوارث سوى صافى الحقوق ، فإن يكون للدائن أن يرجع على بكر أو على عمرو بالدين كله ، على أن يكون لمن يفى لـــه مـــنهم أن يرجع على الآخر بقدر حصته وعلى تركة زيد- التى تبقـــى علـــى حكم ملكه إلى أن تنقضى ديونه - بقدر حصته .

ويقتصر حكم المادة ٢٨٨ على اتحاد الذمة فى شخص المدين[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يواجه هذا النص حكم اتحاد الذمة بين الدائن وأحـــد مدينيـــه المتضامنين ، ويتحقق ذلك إما من طريق خلافة الثانى للأول، وإما عن طريق خلافة الأول للثانى وفى كلتا الحالتين لا ينقضى الـــدين

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٣

إلا بقدر حصة هذا المدين فيه ، بيد أن للمدين فى الحالة الأولـــى ، عندما تقوم به صفة الخلافة عن الدائن ، أن يرجـع علـــى بـــاقى المدينين بصفتين : فله أن يرجع على كل مـــنهم بقـــدر حصــته ، بوصفه مدينا من بينهم ، وله كذلك أن يرجع على كل منهم بجملـــة الدين ، بعد استنزال حصته بوصفه دائنا لهم (إذ المفروض أنه قد أصبح خلفا لهذا الدائن) . أما فى الحالة الثانية ، حيث تقوم بالدائن صفة الخلافة عن المدين ، فيستبقى الدائن حقه فى الرجوع على كل من المدينين المتضامنين بجملة الدين ، بعد استنزال حصـــة هـــذا المدين . ويراعى أن هذه الحالة الثانية لا تتحقق فى ظـــل أحكـــام الشريعة الإسلامية ، حيث يظل للدائن بعد موت مورثه المدين حق الرجوع بالدين كاملا على التركة ، وعلـــى كـــل مـــن المـــدينين الآخرين"[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧٢ .

مـادة (٢٨٩)

١- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقين ، إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢- فإذا لم يصدر منه هذا التصريح ، لم يكن له أن يطالب باقى المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرأه ، إلا أن يكون قد احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين . وفى هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصالحه بحصته فى الدين .

الشـرح

٧٦ ـ إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ذاته :

الإبراء معناه – كما سنرى– نزول الدائن عن حقه فى ذمة المدين دون مقابل . ويعتبر تصرفا من جانب واحد ، ويتحدد من ثم نطاقه بإرادة الدائن الذى أصدره.

فقد يبرئ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين ، وقد يقتصر على إبرائه من التضامن .

فإذا أبرأ الدائن المدين من الدين ، اقتصر الإبراء على هذا المدين وحده . ويستطيع الدائن أن يطالب كلا من المدينين الآخرين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه . ويكون لمن وفى من المدينين أن يرجع على كل من الباقين بقدر حصته .

ذلك أن الدائن طالما اقتصر على إبراء أحد المدينين المتضامنين من الدين ، دون أن يصرح بما انصرفت إليه إرادته بالنسبة لباقى المدينين فمن المعقول أن يفهم من ذلك أنه لا يريد إبراء ذمتهم إلا بقدر حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للدائن أن يبرئ أحد المدينين المتضامنين من دينه ، وذلك ليس من شأنه أن يحول دون مطالبة المدين الآخر بما يخصه فى الدين" .

(طعن رقم ١٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٦/١٧)

٢- إذا حصل أحد الشركاء فى إجارة من وزارة الأوقاف على مخالصة من مأمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع المطلوب منه فى الدعوى التى رفعت عليه ولذلك فقد أخلاه من الحراسة والحجز والدعوى والضمانة ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبرئة له من التضامن مع شركائه فى عقد الإيجار فى وفاء الباقى من أجرة الأطيان المؤجرة إليهم جميعا متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهبت إلى أنه - لكى يكون للمخالصة هذا الأثر- يجب أن يقيم الصادرة له المخالصة- باعتبار أنه هو المتمسك بها - الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف فى استيفاء أجرة كل الأطيان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقا صحيحا على واقعة الدعوى " .

(طعن رقم ١٧١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٩/٤/١٤)

٧٧ـ تصريح الدائن بإبراء سائر المدينين :

إذا صرح الدائن بأنه أراد بإبراء المدين المتضامن من الدين ، إبراء سائر المدينين ، فإن الإبراء فى هـذه الحالـة يكـون سـببا لانقضاء الالتزام فى جملته .

٧٨ـ احتفاظ الدائن بحقه فى الرجـوع على باقى المدينين بكل الديـن :

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين مـن الـدين ، ولكنـه احتفظ لنفسه بحقه فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين ، فإنه لا يجوز لهؤلاء التمسك بالإبراء ولو بقدر حصة المدين الذى أبرأه الدائن ، بل يتعين عليهم الوفاء بالدين كاملا ، ويكون لمـن يقـوم بالوفاء منهم حق الرجوع على المدين الذى صدر الإبراء لصـالحه بحصته فى الدين . وفى هذه الحالة الأخيرة تقتصر الفائـدة التـى تعود على المدين من الإبراء على امتناع مطالبة الدائن لـه ، فـلا يعفى من دفع حصته ولو أنه لا يوفى بها للدائن وإنما للمدين الآخر الذى أوفى بكامل الدين .

٧٩ـ إبراء الدائن أحد الدائنين المتضامنين من التضامن فحسب :

قد يقتصر إبراء الدائن أحد الدائنين المتضامنين على الإبراء من التضامن فحسب ، وهذا الإبراء يختلف عن الإبراء من الدين فـى أنه ليس سببا لانقضاء الدين كله أو بعضه ، بل يقتصر أثره علـى

محو التضامن بالنسبة لهذا المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالبه إلا بقدر حصته فحسب . أما بالنسبة لباقى المدينين فللدائن الرجوع على أى منهم بكل الدين ، إلا إذا انصرفت إرادة الدائن إلى إبراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه .

أما إذا كان الدائن قد أبرأ المدينين جميعا من التضامن ، فإن الدين ينقسم عليهم فتتعدد الالتزامات بقدر عددهم ولا يكون للدائن أن يطالب أيا منهم إلا بقدر حصته .

وعلى أى الأحوال ، إذا استوفى الدائن من المدين الذى أبرأه من التضامن حصته ، فلا تجوز له مطالبة المدينين الآخرين إلا بالباقى بعد استنزال ما استوفاه . أما إذا لم يستوف الدائن من هذا المدين شيئا ، فوفى أحد المدينين الآخرين بالدين كله ، كان لهذا المدين أن يرجع على المدين الذى أبرئ من التضامن بقدر حصته[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك براءة ذمته من الدين ، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك . فإن لم يفعل ، بقى كل منهم ملزماً بأداء الدين بأسره ،

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٢٦ ومابعدها- محمود جمال الدين زكى ص ١٤٤ ومابعدها .

بعد استنزال حصة من أبرئ بيد أن للدائن أن يرجع ، رغم ذلـك ، على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهـذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء من هؤلاء المـدينين ، فـى هـذه الحالة ، حق الرجوع على من أبرئ بحصته فى الدين .

ويستخلص مما تقدم أن ثمـة قـرينتين : (أ) الأولـى قرينـة انصراف إرادة الدائن إلى عدم إبراء سائر المدينين ، ما لم يعلـن خلاف ذلك (ب) والثانية قرينة انصراف إرادة الدائن إلـى إبـراء ذمتهم من حصة المدين الذى صدر الإبراء لصالحه ، ما لم يحتفظ لنفسه بحق الرجوع بجملة الدين .

٢- أما إذا اقتصر الدائن على إبراء أحد المدينين المتضـامنين من التضامن ، فلا ينهض هذا الإبراء قرينـة علـى أن نيتـه قـد انصرفت إلى إبراء ذمة الباقين من حصة من أبرئ . وعلى ذلـك يكون للدائن أن يرجع على كل من هؤلاء المدينين بجملة الدين ، ما لم يصرح أنه أبرأ ذمتهم من حصة من صدر الإبـراء لصـالحه . ولايجوز له فى أى حال أن يرجع على من أبرئ من التضـامن إلا بقدر حصته فى الدين.

وقد تكفلت المادة ١٢١١ من التقنين الفرنسى (وهى التى نقـل عنها نص المادة ١٤٢ من المشروع الفرنسى الإيطـالى) بإقامـة قرينتين يستخلص منهما الدليل على الإبراء من التضامن . فيعتبـر

الدائن ، وفقاً لأحكام هذه المادة ، قد ارتضى إبراء أحد المدينين من التضامن : (أ) إذا ذكر فى المخالصة أنه قبل الوفاء بحصة هذا المدين ، دون أن يشفع ذلك بالنص على الاحتفاظ بالتضامن، أو الاحتفاظ بحقوقه بوجه عام. (ب) أو إذا طالب أحد المدينين المتضامنين بحصته أمام القضاء ، فسلم له هذا المدين بحقه ، أو صدر حكم بإلزامه بالوفاء (أنظر كذلك المادة ٤٣ فقرة ٤ من التقنين اللبنانى) .

ويراعى أن تمشى هاتين القرينتين مع حكم العقل خليق بأن يهيئ لهما من أسباب القبول ما يكفل إعمالهما دون حاجة إلى نص خاص ، ولاسيما أنهما ذكرتا على سبيل المثال ، فلو طالب الدائن مثلا أحد المدينين بحصته، فقد تستخلص من مسلكه هذا قرينة على الإبراء من التضامن ، ولو لم يسلم المدين بالحق أو يصدر حكم بإلزامه بالوفاء به . وثمة قرينة معقولة أخرى تقررت فى المادة ١٢١٢ من التقنين الفرنسى (نقلتها عنه المادة ١٤٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى) ونصها : " لا يفقد الدائن حقه فى التضامن إذا قبل الوفاء مجزءا بحصة أحد المدينين المتضامنين فى ريع الدين أو فوائده ، بدون تحفظ ، إلا بالنسبة لما استحق من هذه الفوائد وذاك الريع ، دون ما يستحق منهما فيما بعد ودون أصل الدين ، ما لم تستمر تجزئة الوفاء خلال عشر سنوات متواليات ". على أن تحديد

المدة بعشر سنوات لا يزال محلا للنظر من وجوه ، فقد تكفى مدة أقصر من تلك المدة لإقامة القرينة ، وقد لا تكفى فى هذا الشأن مدة أطول منها ، إذ الأمر فى جملته مرهون بالظروف .

٣- ويستخلص مما تقدم أن الدائن إذا أبرأ أحد المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن فله أن يرجع على كل من الباقين بكل الدين ، بعد استنزال حصة من أبرئ أو دون استنزال هذه الحصة، ولا يكون لمن يقوم بالوفاء من المدينين بجملة الدين ، بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه الدائن ، أن يرجع بشئ على هذا المدين ولكن يثبت له حق الرجوع عليه بحصته ، لو أنه قام بالوفاء بجملة الدين دون ان يستنزل تلك الحصة . فلو فرض مثلا أن مدينين أربعة التزموا على وجه التضامن بالوفاء بدين قدره ١٢٠٠ جنيه ، وأن دائنهم أبرأ أحدهم من الدين أو من التضامن فلهذا الدائن أن يرجع على كل من الثلاثة الباقين بمبلغ ٩٠٠ جنيه أو بمبلغ ١٢٠٠ جنيه على حسب الأحوال ، فإذا اقتصر أحد هؤلاء الثلاثة على الوفاء بمبلغ ٩٠٠ جنيه ، فليس له الرجوع بشئ على من أبرئ ، أما إذا أدى مبلغ ١٢٠٠ جنيه ، فله أن يرجع عليه بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، وله أن يرجع فى كلتا الحالتين على كل من المدينين الآخرين بمبلغ ٣٠٠ جنيه ، ولو فرض أن أحد هذين المدينين معسر لا مال له ، فلا يكون لمن قام بالوفاء إلا أن يرجع

على المدين الموسر ، وفى هذه الحالة يتحمل من أبرئ من المدينين، سواء ألزم باداء مبلغ ٣٠٠ جنيه أم برئت ذمته براءة تامة ، نصـــيبه فى تبعة هذا الإعسار ، فيؤدى ، فضلا عن حصته فى الدين (مبلغ ٣٠٠ جنيه) مبلغ ١٠٠ جنيه عند الاقتضاء ، وهو نصيبه فى حصة المعسر ، على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد تفســير لنيــة المتعاقدين ، فهو يقوم على قرينة يجوز نقض دلالتها بإثبات العكس . فإذا أثبت من أبرئ من المدينين أن إرادة الدائن قد انصرفت إلـــى إبرائه من كل مسئولية عن الدين تحمل الدائن نصيب هـــذا المدين فى تبعة إعســـار من يعسر من المدينين المتضامنين (وهو مبلـــغ ١٠٠ جنيه فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه) "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧٨ ومابعدها .

مـــادة (٢٩٠)

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضـــامن بقـــى حقه فى الرجوع على الباقين بكل الدين ، ما لم يتفق علـــى غيـــر ذلك .

الشـــرح

٨٠ـ أثر إبراء الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن :

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن فحسب ، كان له الرجوع على باقى المدينين بالدين بعد استنزال حصة المدين الذى أبرأه إلا إذا كان الدائن قد احتفظ لنفسه وقت الإبراء بالحق فى الرجوع على باقى المدينين بكل الدين .

وفى هذه الحالة يكون لمن وفى بكل الدين الرجوع عل ى مـــن أبرئ بحصته وبذلك تقتصر الفائدة التى تعود علـــى المـــدين مـــن الإبراء على امتناع مطالبة الدائن له .

أما إذا وجد اتفاق بين الدائن والمدينين بصدد إبراء واحد مـــنهم من التضامن ، تعين الالتزام به .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، استتبع ذلك بـــراءة ذمته من الدين، أما الباقون فلا تبرأ ذمتهم إلا إذا أعلن الدائن ذلك ، فإن لم يفعل ، بقى كل منهم ملزما بأداء الدين بأسره ، بعد استنزال

حصة من أبرئ بيد أن للدائن أن يرجع ، رغم ذلك ، على كل من المدينين المتضامنين بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق ، ويكون لمن يقوم بالوفاء من هؤلاء المدينين ، فى هذه الحالة ، حق الرجوع على من أبرئ بحصته فى الدين "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٧٨ .

مـادة (٢٩١)

١- فى جميع الأحوال التى يبرئ فيها الدائن أحـد المـدينين المتضامنين ، سواء أكان الإبراء من الـدين أم مـن التضـامن ، يكون لباقى المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هـذا المـدين بنصيبه فى حصة المعسر منهم وفقا للمادة ٢٩٨ .

٢- على أنه إذا أخلى الدائن المدين الـذى أبـرأه مـن كـل مسئولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذى يتحمـل نصـيب هـذا المدين فى حصة المعسر .

الشـــرح

٨١ـ نطـاق رجـوع باقى المدينين المتضـامنين علـى المـدين الذى أبرأه الدائن :

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين طبقا للمـادة ٢٨٩ ، أو من التضامن فقط طبقا للمادة ٢٩٠ كان للدائن الرجـوع بكل الدين على باقى المدينين مجتمعين أو منفردين ، ويكون لمـن قام بالوفاء أن يرجع على كل مدين منهم بحصة كل منهم فى الدين.

وإذا وجد المدين عند رجوعه ، أن أحد زملائه معسر ، كان له أن يرجع على المدين الذى أبرأه الدائن بنصيبه فى حصة المـدين المعسر ، ما لم يتضح أن الدائن قد أخلى المدين الذى أبرأه من كل مسئولية عن الدين ، وحينئذ يتحمل الدائن نصيب هذا المـدين فـى

حصة المعسر . ومن ثم يجوز لهذا المدين إدخال الدائن فى الدعوى إن لم يكن مختصما فيها ليقضى عليه بما قد يحكم به [١].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٢٧ - المستشار الدكتور محمد شتا ص ٩٥٠ ومابعدها.

مـادة (٢٩٢)

١- إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

٢- وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين .

الشـــرح

٨٢ـ أثر انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين :

إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين .

فمن المتصور انقضاء الدين بالتقادم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين دون الآخرين، وفى فروض مختلفة. ومثل ذلك أن يكون التزام أحد المدينين منجزا والتزام الآخر مؤجلا ، إذا القاعدة أن التقادم لا يسرى إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، فلا يسرى بالنسبة للالتزام المؤجل إلا من وقت انتهاء الأجل، فيتصور بناء على ذلك أن تكتمل مدة التقادم المسقط بالنسبة للمدين بالدين المنجز قبل اكتمالها بالنسبة للمدين الذى كان دينه مؤجلا .

ومن ذلك أيضا أن يكون الدائن قد قطع التقادم بالنسبة للمدينين المتضامنين ما عدا واحدا منهم أغفل أن يقطع التقادم بالنسبة إليه ، لأن قطع التقادم بالنسبة لبعض المدينين المتضامنين لا يعتبر قطعا للتقادم بالنسبة إلى الآخرين ، فيستمر التقادم فى سريانه بالنسبة إلى هذا المدين ، وقد يكتمل دون أن يكتمل التقادم الذى انقطع بالنسبة إلى المدينين الآخرين فى مثل هذه الحالات يجوز للمدين الذى اكتملت له مدة التقادم أن يتمسك به فينقضى الدين كله بالنسبة إليه. أما المدينون الآخرون فلا يستفيدون من ذلك التقادم إلا بقدر حصة هذا المدين. فيجوز لهم أن يتمسكوا بالتقادم فى حدود هذه الحصة ، ويظل التزامهم قائما فى القدر الباقى ، وذلك سواء كان المدين الذى اكتملت مدة التقادم بالنسبة إليه قد سبق أن تمسك بالتقادم أو لم يكن قد سبق له ذلك بأن كان الدائن قد بدأ بمطالبة أحد المدينين الآخرين[1]، إذ يجوز لهؤلاء التمسك بالتقادم .

---

(١) السنهورى ص٢٨٢ ومابعدها- اسماعيل غانم ص ٣٢٧ ومابعدها- وكانت الفقرة الأولى من المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى برقم (١/٤١٦) تنص علي انه :

"إذا انقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بسبب التقادم ، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين. على أنه إذا أجبر أحد المدينين على وفاء الدين ، كان له حق الرجوع علي الباقين ، حتي من انقضى التزامه بالتقادم " -إلا أن لجنة المراجعة عدلت المادة علي النحو الراهن .

٨٣ - أثر انقطاع مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين :

إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين.

فالمشرع يطبق هنا مبدأ أن النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم . فلا يعتبر المدين نائبا عن باقى المدينين إذا قطع التقادم بالنسبة له أو وقف لأن هذا أو ذاك ضار لبقية المدينين . فإذا طالب الدائن مطالبة قضائية أحد المدينين بحقه أو أوقع عليه حجزا فإن انقطاع التقادم بالمطالبة القضائية أو بالحجز يقتصر على المدين الذى طولب قضائيا أو أوقع الحجز على ماله ، ويستمر التقادم فى سريانه لمصلحة الباقين . ويجب على الدائن إذا أراد أن يقطع التقادم معهم جميعا ، أن يتخذ إجراء قاطعا له بالنسبة إلى كل منهم .

وإذا وقف التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لكون هذا المدين زوجا للدائن أو خاضعا لوصايته ، فإنه لا يقف بالنسبة لغيره من المدينين ، لأن الزوج أو القاصر لا يعتبر نائبا عنهم فى وقف التقادم الذى يضر بهم ، فضلا عن أن أسباب الوقف شخصية وتقتصر من ثم على من تقوم به [١].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٧ ومابعدها- محمد على عمران ص ١٧٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تستهل المادة ٤١٦ طائفة من النصوص المتتابعة استبعدت فيها جميعا فكرة النيابة التبادلية من نطاق التضامن ، كلما كان فى الأخذ بها ما يسئ إلى مركز الدائنين أو المدينين المتضامنين (أنظر المادة ١٦٧/١١١ من التقنين المصرى ، والمادة ٤٢٥ من التقنين الألمانى . وقارن المادة ١٦٦/١١٠ من التقنين المصرى) . فإذا انقطعت مدة التقادم ، أو وقف سريانه ، بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين ، فلا يجوز تفريعا على ذلك أن يتمسك الدائن بهذا الوقف ، أو ذاك الانقطاع قبل الباقين . ويسرى الحكم نفسه على الإعذار ، والمطالبة القضائية ، والإقرار ، واليمين ، والصلح والقضاء بإلزام أحد المدينين ، فى نطاق التضامن السلبى ، كما سيأتى بيان ذلك . وعلى نقيض ما تقدم يؤخذ بفكرة النيابة التبادلية كلما كان فى إعمالها توفير منفعة لمن تنتظمهم رابطة التضامن . فمن ذلك مثلا أن قطع مدة التقادم لصالح أحد المدينين المتضامنين ينصرف نفعه إلى الباقين (أنظر المادة ١٥٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى). وتسرى هذه القاعدة أيضا على التضامن الإيجابى ، فيما يتعلق بالإعذار ، والإقرار ، والحكم فى الخصومات ، أما أسباب وقف سريان التقادم فتعتبر ذاتية خاصة بكل من الدائنين وفقا لطبيعتها .

والظاهر أن التقنين المصرى (المادة ١٠٨ فقرة ١٦٣/٢) قد أخذ بفكرة النيابة التبادلية ، ولو أنه قصرها فى الأصل على الوفاء. فقد نصت المادة ١٦٦/١١٠ على أن " مطالبة أحد المدينين المتضامنين مطالبة رسمية وإقامة الدعوى عليه يسريان على باقى المدينين " ، وفى هذا تطبيق لتلك الفكرة . ورغم أن التزام سائر المدينين يزداد عبؤه من وجه، فى منطق هذا التطبيق ، إلا أن هذه الزيادة لا ترجع إلى فعل أحد المدينين المتضامنين– وهوما لا يجوز وفقا لأحكام المادة ١٦٧/١١١ – وإنما ترجع إلى فعل الدائن وحده.

٢- وقد يقع أن ينقضى الدين بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين بالتقادم ، دون أن يكون هذا التقادم قد اكتمل سببه بالنسبة للباقين، وفى هذه الحالة يظل التزام هؤلاء بالدين قائما ، ولا يفيدون من ذلك بوجه من الوجوه. ولكن إذا قام أحدهم بالوفاء بكل الدين ، فله حق الرجوع على الباقين ، حتى من انقضى التزامه منهم بالتقادم ، لأن رجوعه هذا يؤسس على دعواه الشخصية، لا على دعوى الحلول. ويتضح من ذلك أن من ينقضى الدين بالنسبة له بسبب التقادم من المدينين المتضامنين لا تبرأ ذمته نهائياً ، إذ التقادم لا يعصمه من رجوع المدين المتضامن معه ، وإن كان يعصمه على وجه التحقيق من رجوع الدائن .

وقد عولج التقادم فى الفرض السابق ، بوصفه سبباً من أسباب

الانقضاء ، يفيد منه ذو الشأن من المدينين وحـده . بيـد أن مـن الميسور تصوير هذا الفرض فى وضع آخر وتطبيق قاعدة إعمـال النيابة التبادلية كلما كان فى ذلك نفع للمدينين المتضامنين ، وفـى هذا الوضع ينقلب الحكم إلى نقيض ما تقدم ، وتكون منفعة التقادم ، الذى يستتبع انقضاء الدين بالنسبة لمدين من المدينين المتضامنين ، غيرقاصرة على هذا المدين وحده ، بل عامة تتصرف إلى الباقين . فلو أخذ بمثل هذا الحكم لترتب على ذلك أن الدائن لا يقنـع بقطـع مدة التقادم بالنسبة لواحد من المدينين فحسب ، وإلا لما أمن سقوط الدين ، حتى بالنسبة لمن اتخذ الإجراء القاطع فـى مواجهتـه . إذا انقضىهذا الدين بالنسبة لمدين آخر لم تنقطع تلك المدة بالنسبة له . ولذلك يتعين على الدائن ، لو تغير وجه الحكم على هذا النحو ، أن يقوم بقطع مدة التقادم بالنسبة لجميع المدينين المتضـامنين ، حتـى يأمن كل احتمال . وقد يكون مثل هذا الحل غير بعيد عن التوفيـق إن أريد التوسع فى تطبيق قاعدة إعمال فكرة النيابة التبادلية حيـث يفيد منها المدينون المتضامنون "[1].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

" النيابة المتبادلة التى افترضها القانون بين المدينين المتضامنين تقوم فى أحوالها الواردة بالتقنين المدنى الحالى على أن كل مـدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٨٣ ومابعدها .

يمثل سائر المدينين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم وإنه وإن كان التقنين المدنى السابق يتضمن قيام هذه النيابة فيما ينفع وفيما يضر إلا ما يزيد من عبء الالتزام اعتبارا بأن ما يتخذ فى سبيل المحافظة على الالتزام واستبقائه هو من نتيجته الطبيعة التى تسرى فى حقهم ولو كانت ضارة بهم كما هو الشأن فى قطع التقادم، إلا أن هذه النيابة المتبادلة على اختلاف سعتها فى القانونين لا تمتد حدودها فى كل منهما إلى ما يعتبر زيادة فى عبء الالتزام على بعض المدينين المتضامنين بفعل الآخرين منهم ، كما أن المادة ٢٠٧ من القانون المدنى القديم إذ تنص على أن " ترك أحد المدينين حقه فى التمسك بمضى المدة لا يضر بالباقين " فإن مؤدى هذا النص أن إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين بعد أن اكتملت مدة سقوطه لا يسرى فى حق الباقين " .

(طعن رقم ١٦٨ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٢)

٢- " إن المادة ١/٢٨٧ من القانون المدنى إذ نصت على أن : " لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين فقد أفادت بذلك أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه ، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به " وأنه وإن جاز للمدين المتضامن

طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الـدين بالنسـبة إلى مدين آخر بقدر حصة هذا المدين إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره مـن المـدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به ".

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٨/٤/٢)

٣- " مطالبة المضرور المتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة للمتبوع إلا أنها لا تقطعه بالنسبة للتـابع وذلك أخذا بما نصت عليه المادة ٢٩٢ من القانون المدنى من أنـه إذا انقطعت مدة التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضـامنين فـلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين ، وإذا كـان قطـع التقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين لا يترتب عليـه أثـر بالنسبة لباقى المدينين فمن باب أولى لا يكون لقطع التقادم بالنسـبة للكفيل ولو كان متضامنا مع المدين الأصلى أثر بالنسبة إلـى هـذا الدين " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٤- " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة الـنقض- أن المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى إذ نصـت علـى أنـه لايجـوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها بل يجب أن يكون ذلـك بناء على طلب المدين أو طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه

ولو لم يتمسك به المدين ، فقد أفادت بذلك أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين ، إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به ".

(طعن رقم ٥٩٢١ لسنة ٦٢ ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٧)

مــادة (٢٩٣)

١- لا يكون المدين المتضامن مسئولا فى تنفيــذ الالتــزام إلا عن فعله .

٢- وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه ، فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدينين . أمــا إذا أعــذر أحــد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقى المدينين يســتفيدون مــن هذا الإعذار .

الشــــرح

٨٤ـ مسئولية المدين المتضامن فى تنفيذ الالتزام عن فعله :

تقضى الفقرة الأولى من المادة بأن لا يكون المدين المتضـــامن مسئولا فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله . ومقتضـــى ذلــك أنـــه إذا ارتكب أحد المدينين المتضامنين فى تنفيذ الالتزام خطأ سبب ضررا للدائن أكثر من الضرر الناشئ عن التنفيذ ، فإن هذا المدين وحــده هو الذى يلتزم بتعويض الدائن[١] .

وعلى سبيل المثال ، إذا نسب إلى أحد المــدينين المتضــامنين غش فى تنفيذ التزامه ، تسبب عنه استحالة التنفيذ كأن يكــون قــد تسبب فى هلاك محل الالتزام . أو ترتب على هــذا الغــش رفــع

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٨٢ – سليمان مرقس ص ٣٨٤ .

المسئولية العقدية ، أو الحكم بتعويض يجاوز قيمة الشرط الجزائى، أو بتعويض تكميلى عن الضرر الذى يجاوز الفوائد ، فإن هذا الأثر يقتصر عليه ولا شأن لباقى المدينين به [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى – وأيدها بعض الفقهاء[٢]– أن ذلك أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسئ إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، والإبقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم .

فقد جاء بها :

١- " يتمثل فى المادة ٤١٧ أوضح تطبيق من تطبيقات قاعدة استبعاد النيابة التبادلية حيث يسئ إعمالها إلى مركز المدينين المتضامنين ، والإبقاء عليها حيث يفضى ذلك إلى توفير نفع لهم . فكل مدين من المدينين المتضامنين لا يسأل فى تنفيذ الالتزام إلا عن فعله ، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم ووقع من الثانى خطأ يسير ، وامتنع على الثالث أن يفى بالتزامه من جراء سبب أجنبى ، كانت تبعة الأول أشد وقرا من تبعة الثانى ، وبرئت ذمة الثالث وحده . وقد طبقت المادة ١٢٠٥ من التقنين الفرنسى هذا الحكم فقضت بأنه إذا هلك الشئ الواجب أداؤه بخطأ واحد أو أكثر من

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٨ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٢٩٠ ومابعدها .

المدينين المتضامنين، أوبعد إعذار المسئول أو المسئولين منهم. فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامهم بالوفاء بـثمن هـذا الشئ ، ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بـالتعويض ، وللـدائن فقـط أن يقتضى التعويض من المدينين الذين ترتب الهلاك علـى خطـئهم أو الذين أعذروا من قبل "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٨٦- ويذهب الدكتور محمـود جمال الدين زكى ص ١٤٩ ومابعدها إلى أن تأسيس المادة على قصر النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين على حدود نفعهم يتعارض مع قوام النيابة التى لا تكون إلا فى التصرفات القانونية ، ولا شأن لها بتاتا بالأعمال المادية . فالمدين فى التزام عقدى لا يكون مسئولا عن إخلال غيره بالتزام ناشئ عنه إذا كان قد استخدمه فى تنفيـذ هـذا الالتـزام مساعدا له أو بديلا عنه ، أو كان تابعا له فى غير تنفيذه ونسب إليـه مع ذلك فعل ضار يقيم مسئوليته التقصيرية ويدخل فى نطـاق القـوة القاهرة لو نسب إلى أجنبى عن المدين . وليست هذه أو تلك هى حالـة المدين المتضامن إزاء بقية المتضامنين ، فهو ليس مساعدا لهم أو بديلا عنهم فى تنفيذ الالتزام التضامنى ، كما أنه غير تابع لهم خارج دائـرة العلاقات العقدية ، بل يعتبر مدينا فى ذات الالتزام إزاء الـدائن الـذى تربطه به رابطة مستقلة عن روابطهم . وعلى ذلك يتأسس حكم المادة على المبادئ العامة فى السئولية ، وليس كما توهم واضـعو المـذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وجاراهم بعض الفقهاء - على قصـور النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين على حدود نفعهم ، تلك النيابة التى لا علاقة لها أصلا بالخطأ الذى ينسب إلى أحدهم أو إلى بعضهم .

٨٥ ـ أثر إعذار الدائن أحد المدينين

يترتب على إعذار الدائن أحد المدينين المتضامنين ، نقل تبعة الهلاك واستحقاق التعويض .

ولكن أثر هذا الإعذار يقتصر على المدين الذى وجه إليه ، فلا يتعداه إلى مدين غيره ، ولذلك يتحمل هذا المدين وحده التعويض المطالب به بسبب عدم تنفيذ الالتزام وأيضا يتحمل تبعة الهلاك فيما يتعلق بمحل الالتزام الواجب التسليم ، ومن ثم يجب على الدائن إعذار جميع المدينين ليمكنه الرجوع عليهم مجتمعين أو منفردين ، بالتعويض المستحق عن عدم تنفيذ التزامهم وتحميلهم تبعة الهلاك.

وتفسير ذلك أن النتائج السابقة ضارة تقصر عنها النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين ، فلا ينوب من يعذر منهم فى نتائج إعذاره عن باقى المدينين . بل تنصرف إلى من توجه إليه وحده [١].

٨٦ ـ إعذار أحد المدينين المتضامنين الدائن :

إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن ، فإن آثار هذا الإعذار تنصرف إلى باقى المدينين المتضامنين ، إذ يفيد منه هؤلاء الباقون ، لأنه يكون قد قام به نائبا عنهم ، فيعتبر الإعذار كأنه وجه

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٤٩ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٥٧ .

إلى الدائن من جميع الدائنين . ومن ثم يترتب على هذا الإعذار أن يتحمل الدائن تبعة هلاك الشئ أو تلفه ، ويقف سريان الفوائد ، ويصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر . .

ويعتبر هذا تطبيقا لمبدأ النيابة التبادلية بين المدينين المتضامنين فيما فيه نفع لهم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولايترتب على إعدار أحد المدينين المتضامنين أو مطالبته أمام القضاء أثر بالنسبة للباقين ، بل تكون التبعة على من تلقى الإعذار وحده ، ويسأل دون غيره عن التعويض ، وكذلك يسأل من يطالب منهم بالوفاء أمام القضاء وحده عن فوائد التأخير (عكس ذلك المادة ١١٠/١٦٦ من التقنين المصرى) .

فإذا كان من شأن الأثر المترتب بالنسبة لمدين متضامن توفير منفعة لسائر المدينين المتضامنين ، انصرفت هذه المنفعة إليهم . وعلىهذا النحو يفيد المدينون المتضامنون جميعاً من الإعذار الموجه من أحدهم إلى الدائن ، وتلقى التبعة على هذا الدائن ، تفريعاً على ذلك ، لا بالنسبة لمن أعذرهم من المدينين فحسب بل وبالنسبة للباقين "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٨٧ .

٨٧ ـ المطالبة القضائية :

يترتب على المطالبة القضائية سريان الفوائد وقطع التقادم ، ولذلك فهى ضارة بالمدينين المتضامنين ، ومن ثم لا تكون هناك نيابة تبادلية بشأنها ، فيقتصر أثرها على من وجهت إليه من المدينين ، ولذلك يحسن أن يوجه الدائن تلك المطالبة للمدينين جميعا[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" جرى قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم بأن مؤدى نص المادة ١١٠ منه أن مطالبة أى واحد من المدينين المتضامنين تسرى فى حق باقى المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر زملائهم لاتحادهم فى المركز والمصلحة اتحادا اتخذ فيه القانون أساسا لافتراض نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف الذكر ساريا فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض وفيما بين الكفلاء المتضامنين بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين وقاطعا لمدة التقادم بالنسبة لهم " .

(طعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٠)

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٣٤ – المستشار أنور طلبه ص ٥٧ .

مـــادة (٢٩٤)

إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ فى حقهم ، إلا إذا قبلوه .

الشـــرح

٨٨ ـ الصلح مع أحد المدينين المتضامنين :

يفترض الصلح قيام نزاع فى وجود الالتزام التضامنى أو فى مداه . وينصرف أثر الصلح بداهة إلى جميع المدينين المتضامنين إذا كانوا جميعا طرفا فيه مع الدائن ، وفقا للمبادئ العامة فى أثر القوة الملزمة للعقد .

أما الصلح الذى يبرمه الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، فإن أثره ينصرف بداهة إلى هذا المدين . ولكنه يتوقف نفاذه فى مواجهة باقى المدينين على نتيجته بالنسبة إليهم . **فإن كانت هذه النتيجة فى مصلحتهم** ، بأن تضمن الصلح مثلا إبراءا جزئيا من الدين أو نزولا عن فوائده أو عن بعض بنود منه لمصلحة المدين، انصرف أثر هذا الصلح إلى باقى المدينين وأفاد جميعهم منه ، لأن المدين الذى كان طرفا فيه يعتبر نائبا عنهم فى إبرامه .

أما إذا كانت نتيجة الصلح فى غير مصلحتهم ، بأن سلم المدين باستحقاق فوائد كان متنازعا فى استحقاقها أو بوجود التـزام كـان متنازعا فى وجوده أو بزيادة فى عبء المدين بأية صـورة ، فـلا ينصرف هذا الصلح إلى باقى الدائنين إلاإذا قبلـوه ، لأن المـدين الذى كان طرفا فيه لا يعتبر نائبا عنهم فى إبرامه لكونـه ضـارا بهم(1).

على أن قاعدة استفادة المدينين من الصلح الذى يعقـده أحـدهم لاتنطبق إلا على الصلح العادى ، أى الصـلح الـذى يحسـم بـه المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا (م٥٤٩ مدنى). أما الصلح الذى يعقده المدين المفلس مع دائنيـه لإنهـاء التفليسـة وإعادته إلى إدارة أمواله والتصرف فيها فلا يستفيد مـن المزايـا الممنوحة – كما لو خفض مقدار الديون أو منح المدين أجلا للوفاء– سوى المدين المفلس نفسه . فإن كان أحد هذه الديون دينا تضـامنيا التزم به مع المفلس مدينون آخرون ، فلا تسرى هذه المزايا عليهم.

ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن الصلح العادى يتضمن نزول كل من الطرفين على وجه التقابل عن جزء من ادعائـه . فـإذا كـان النزاع الذى حسمه أحد المدينين بالصلح مع الدائن نزاعا اشترك فيه

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص١٥٠ ومابعدها– اسماعيل غانم ص ٣٣٥– سليمان مرقس ص ٣٨٧ .

المدينون الآخرون ، فإن نزول هذا المدين عن جزء من ادعائه بالصلح لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه وهم من ناحية أخرى لن يستطيعوا بغير هذا القبول الاحتجاج بانقضاء الادعاء الذى نزل عنه الدائن . فالصلح لا يقبل التجزئة ، فلا يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج به فى شطره المفيد لهم ورفضه فى شطره المفيد للدائن ، بل يتعين قبوله أو رفضه جملة واحدة [١].

والحكم الوارد بالمادة تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة فى إعمال فكرة النيابة بصدد الصلح .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينطوى هذا النص على تطبيق آخر من تطبيقات القاعدة العامة فى إعمال فكرة النيابة بصدد الصلح . فإذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين ، نفذ هذا الصلح فى حق الباقين ، بقدر ما يوفر لهم من النفع (كما إذا تضمن الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى) أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاما ، أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به ، فلا ينفذ فى حقهم ما لم يقبلوا ذلك (كما إذا تضمن تنازلا أو إقراراً) "[٢] .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٣٥ ومابعدها – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٢٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٨٩

مادة (٢٩٥)

١- إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين .

٢- وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين .

٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك .

٨٩ ـ أثر إقرار أحد المدينين المتضامنين بالدين :

تقضى الفقرة الأولى من المادة بأنه إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقين .

ذلك أن الإقرار وإن كان حجة قاطعة على المقر إلا أنه حجة قاصرة عليه ، فلا تتعداه إلى غيره، فضلا عن أن المدين الذى أقر بالدين لا يعتبر فى إقراره نائبا عن باقى الدائنين لأن نيابته عنهم لا تقوم فيما يضرهم . لذلك لا يسرى الإقرار عليهم ويتعين على الدائن أن يقيم فى مواجهتهم الدليل على الدين بطرق الإثبات الجائزة . ولكن إقرار الدائن لأحد المدينين المتضامنين يجوز أن يتمسك به جميع المدينين ذلك أن المدين الذى صدر له الإقرار يعتبر بالنسبة له نائبا عنهم[1] .

---

(١) السنهورى ص ٢٩٧ وما بعدها -محمود جمال الدين زكى ص ١٥١ وما بعدها

٩٠ـ أثر نكول أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو حلفها :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه " وإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها ، فلا يضار بذلك باقى المدينين " .

فإذا وجه الدائن اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين ، فنكل الأخير عن اليمين ، كسب الدائن دعواه . وهنا يقتصر أثر النكول على هذا المدين ، وليس للدائن أن يتمسك به فى مواجهة باقى المدينين .

أما إذا حلف المدين المتضامن اليمين، فإن الدائن يخسر دعواه ، ولا يقتصر هذا الأثر على المدين الذى وجهت إليه ، بل يفيد من حلفه سائر المدينين ، ويكون لهم أن يتمسكوا به فى مواجهة الدائن.

وإذا وجه أحد المدينين المتضامنين اليمين إلى الدائن فحلفها ، خسر المدين دعواه ، ولكن يقتصر هذا الأثر على المدين الذى وجه اليمين ولا يسرى فى مواجهة باقى المدينين .

أما إذا نكل الدائن عن اليمين ، كسب المدين دعواه ، ولا يقتصر هذا الأثر على المدين ، بل يفيد من نكوله سائر المدينين – إذا لم يكن فى أمر خاص بالمدين الذى وجه اليمين – ويكون لهم أن يتمسكوا به فى مواجهة الدائن .

ويعتبر هذا الحكم الأخير - فى نكول الدائن - وإن لم تحط بـه المادة ٢٩٥ - تطبيقا للقاعدة العامة فى أثر التضامن فيؤخذ به دون نص[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- يتضمن هذا النص أيضا تطبيقا آخر من تطبيقات القاعـدة العامة فى إعمال فكرة النيابة التبادلية ، بصدد الإقرار واليمـين . فإذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين ، فـلا يضـار البـاقون بإقراره هذا . أما اليمين فقد يوجهها الـدائن إلـى أحـد المـدينين المتضامنين ، وقد توجه على نقيض ذلك ، من أحد هؤلاء المدينين إلى الدائن . فإذا نكل المدين المتضامن ، فى الحالة الأولى ، فـلا يضار باقى المدينين من هذا النكول ، وإذا حلف أفـاد مـن ذلـك الباقون ، متى انصبت اليمين على المديونية دون التضـامن . وإن حلف الدائن، فى الحالة الثانية ، عند توجيه اليمين إليه مـن أحـد المدينين المتضامنين فلا يضار من ذلك باقى المدينين وإن نكل أفاد الباقون من هذا النكول .

٢- ويتبع الحكم نفسه فى شأن التضامن الإيجابى . فـإذا أقـر المدين بالدين لأحد الدائنين المتضـامنين ، أو نكـل عـن اليمـين

---

(١) السنهورى ص ٣٠٠ ومابعدها - محمود جمال الدين زكى ص ١٥٢.

الموجهة إليه منه ، انتفع الباقون من هذا النكول أو ذاك الإقـــرار ، أما إذا حلف المدين اليمين ، فلا يضار بذلك باقى المـــدينين . وإن حلف أحد الدائنين المتضامنين اليمين الموجهة من المدين أفاد منها الباقون ، أما إذا نكل فلا يضار الباقون بنكوله هذا (أنظر المـــادة ١٥١ من المشروع الفرنسى الإيطالى)[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩١ .

مـــادة (٢٩٦)

١- إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحـــتج بهذا الحكم على الباقين .

أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم ، فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمـــدين الـــذى صــــدر الحكـــم لصالحه .

الشـــــرح

٩١- أثـر الحكم الصادر على أحد المدينين المتضامنين :

إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهـــذا الحكم على باقى المدينين المتضامنين .

وعلى ذلك لا يستطيع الدائن أن ينفذ بهذا الحكم عليهم . ويعتبر هذا تطبيقا لفكرة النيابة التبادلية فيما يـــنفعهم لا فيمـــا يضــــرهم ، فالمدين الذى صدر ضده هذا الحكم لم يكن إذن يمثلهم فى الدعوى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" ... أما القانون القائم فقد نص فى المادة ٢٩٦ منه على أنه إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين ومقتضى ذلك أنه حتى فيما بين المدينين المتضامنين أنفسهم لا يعتبر الحكم الصادر ضد أحدهم حجة على باقيهم ومن باب أولى لا يكون الحكم الصادر على الكفيل المتضامن حجة على المدين" .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٩٢- عدم وجود نيابة لأحد المدينين المتضامنين فى الطعن على الحكم :

لا يعتبر طعن أحد المحكوم عليهم بالتضامن فى الحكم ، نيابة عن باقى المحكوم عليهم ، لأن كل منهم يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

"إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما بالتضامن فإن كل منهما يكون مستقلا عن الآخر فى الخصومة وفى مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام . ولا مجال فى هذا الوضع للقول بنيابة المسئولين بالتزام تضامنى عن بعضهم البعض فى إجراءات الخصومة واعتبار الاستئناف المرفوع من أحدهما بمثابة استئناف مرفوع من الآخر ".

(طعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٢٣)

٩٣- لمن فوت ميعاد الطعن من المدينين المتضامنين الطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من أحد زملائه :

الأصل فى إجراءات المرافعات ألا يفيد منها إلا من باشرها ، ولايحتج بها إلا على من وجهت إليه ، وباعتبار الطعن من تلك الإجراءات ، فلا يفيد منه إلا رافعه ولايحتج بالحكم الصادر فيه إلا

من اختصم فيه . إلا أنه استثناء من هذا الأصل أجازت الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ مرافعات إذا كان الحكم صادرا فى التزام بالتضامن أن يكون لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن .

إذ جرى نصها على أن :

" فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لايفيد من الطعن إلا من رفعه ولايحتج به إلا على من رفع عليه .

على أنه إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن . وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم فى الميعاد وجب اختصام الباقين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم .

كذلك يفيد الضامن وطالب الضمان من الطعن المرفوع من أيهما فى الحكم الصادر فى الدعوى الأصلية إذا اتحد دفاعهما فيها ، وإذا رفع طعن على أيهما جاز اختصام الآخر فيه ".

وتطبيقا لذلك قضت الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية بمحكمة النقض فى حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٧/١٢/١٦ فى الطعنين رقمى ٣٠٠ ، ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق "هيئة عامة" بأن :

" ١- تنص المادة ٢١٨ من قانون المرافعات فى فقرتيها الأولى والثانية على أنه " فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التى ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولايحتج به إلا على من رفع عليه . على أنه إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن " وهو ما يتأدى منه أن الشارع بعد أن أرسى القاعدة العامة فى نسبية الأثر المترتب على رفع الطعن بأن لا يفيد منه إلا من رفعه ولايحتج به إلا على من رفع عليه ، بين الحالات المستثناة منها وهى تلك التى يفيد فيها الخصم من الطعن المرفوع من غيره أو يحتج عليه بالطعن المرفوع على غيره فى الأحكام التى تصدر فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها

اختصام أشخاص معينين ، وقد استهدف الشارع من ذلك استقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام بل واستحالته فى بعض الأحيان ، وهو ما قد يحدث إذا لم يكن الحكم فى الطعن قانونا فى مواجهة جميع الخصم فى الحالات السالفة التى لا يحتمل الفصل فيها إلا حلا واحدا بعينه ".

٢- "أجاز الشارع- تحقيقا لاستقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام فى الخصومة الواحدة- للمحكوم عليه فى موضوع غير قابل للتجزئة أو فى التزام بالتضامن أو فى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين - أن يطعن فى الحكم أثناء نظر الطعن- بالنقض أو الاستئناف - المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه منضما إليه فى طلباته حتى ولو كان قد فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم ، فإن قعد عن ذلك وجب على المحكمة أن تأمر الطاعن باختصامه فى الطعن ، كما أوجب على محكمة الاستئناف - دون محكمة النقض لما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الواردة فى الفصل الرابع منه الخاصة بالطعن بالنقض عن حكم مغاير- أن تأمر باختصام جميع المحكوم لهم ولو بعد فوات الميعاد ، وهو ما يتفق مع اتجاه الشارع إلى الإقلال من دواعى البطلان بتغليب موجبات صحة إجراءات الطعن واكتمالها على أسباب بطلانها أو قصورها . اعتبارا بأن الغاية من

الإجراءات هو وضعها في خدمة الحق . ويساير أيضا اتجاهه فـــى قانون المرافعات الحالى- وعلى ما يبين من مذكرته الإيضـــاحية- إلى عدم الوقوف بالقاضى عند الدور السلبى تاركا الدعوى لمناضلة أطرافها يوجهونها حسب هواهم ووفق مصالحهم الخاصة ، فمنحـــه مزيدا من الإيجابية التى تحقق هيمنته على الدعوى بما أورد علـــى سبيل الجواز - كما هو الشأن فى إطلاق الحالات التى يجوز فيهـــا للقاضى الأمر بإدخال من لم يختصم فى الدعوى ، علـــى خـــلاف القانون الملغى الذى كان يحصرها- فأجاز للقاضى فى المادة ١١٨ إدخال كل من يرى إدخاله لمصلحة العدالـــة أو لإظهـــار الحقيقـــة وبعضها الآخر أورده على سبيل الوجوب، كما هو الشأن فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ سالفة البيان ، فإذا ما تـــم اختصـــام بـــاقى المحكوم عليهم أو باقى المحكوم لهم استقام شكل الطعن واكتملت له موجبات قبوله بما لازمه سريان أثر الطعن فى حق جميع الخصوم ، ومنهم من تم اختصامهم فيه بعد رفعه . أما إذا امتنع الطاعن عـــن تنفيذ ما أمرته به المحكمة فلا يكون الطعن قد اكتملت له مقوماتـــه ويجب على المحكمة- ولو من تلقاء نفسها - أن تقضى بعدم قبوله. وإن كانت القاعدة القانونية التى تضمنتها الفقرة الثانية مـــن المـــادة ٢١٨ من قانون المرافعات إنما تشير إلى قصد الشارع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه - على نحو ما ســـلف

بيانه- التزاما بمقتضيات الصالح العام وتحقيقا للغاية التى هدف إليها وهو توحيد القضاء فى الخصومة الواحدة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام بما لا يجوز مخالفتها أو الإعراض عن تطبيقها وتلتزم المحكمة بإعمالها " .

٣- "إذ كان البين من الأوراق أن المطعون ضدهم والسيدة/ ... أقاموا الدعوى ابتداء بطلب إخلاء الشقة محل النزاع وتسليمها لهم بينما أقامت الطاعنة دعوى فرعية ضد المدعين بطلب تحرير عقد إيجار لها عن تلك الشقة وحكم ابتدائيا برفض الدعوى الأصلية وبإجابة الطاعنة إلى طلباتها فى الدعوى الفرعية ، فاستأنف المطعون ضدهم فقط هذا الحكم دون المدعية الرابعة السيدة / ..... ولم تأمر المحكمة باختصامها فى الاستئناف حتى صدور الحكم فيه وكانت الدعوى بطلب إخلاء العين المؤجرة وتسليمها للمؤجر وطلب الخصم إلزام المؤجر بتحرير عقد إيجار لا تقبل التجزئة بحسب طبيعة المحل فى كلا الطلبين ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بقبول الاستئناف شكلا دون اختصام المحكوم عليها التى لم تطعن بالاستئناف يكون قد خالف قاعدة قانونية أو إجرائية متعلقة بالنظام العام كانت عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع بما يجوز معه التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض".

كما قضت محكمة النقض بتاريخ ٢٠٠١/١/٩ فى الطعن رقم ٥٤٦٣ لسنة ٦٣ ق بأن :

" إن الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ من قانون المرافعات تنص على أن " إذا كان الحكم صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة، أوفى التزام بالتضامن ، أوفى دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين حاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم ، أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع فى الميعاد من أحدزملائه منضما إليه فى طلباته ، فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن ... " مما يدل – وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة – على أنه إذا كان أحد المحكوم عليهم فى الحالات الثلاث السالف ذكرها قد فوت على نفسه ميعاد الطعن ، أو قبل الحكم ، جاز له أن يطعن فيه أثناء الطعن المرفوع فى الميعاد من أحد زملائه ، فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه فى الطعن وإلا كان حكمها مخالفا للقانون ، وقد استهدف الشارع من ذلك استقرار الحقوق ، ومنع تعارض الأحكام فى الخصومة الواحدة بما يؤدى إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام ، بل واستحالته فى بعض الأحيان ، وهو ما يحدث إذا لم يكن الحكم فى الطعن فى مواجهة جميع الخصوم فى الحالات السالفة التى لايحتمل الفصل فيها إلا حلا واحدا بعينه . وإذ كانت القاعدة القانونية التى جرى بها

نص الفقرة الثانية من المادة ٢١٨ مرافعات تشير إلى قصد الشارع تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه التزاما بمقتضيات الصالح العام ، وتحقيقا للغاية التى هدف إليها وهى توحيد القضاء فى الخصومة الواحدة ، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، ولايجوز مخالفتها أو الإعراض عن تطبيقها وتلتزم المحكمة بإعمالها من تلقاء ذاتها ".

٩٤ـ نقض الحكم بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين يستتبع نقضه بالنسبة للباقين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان التزام المطعون ضده الثالث مع الطاعن قبل المطعون ضدهما الأول والثانى هو التزام بالتضامن فإن نقض الحكم لصالح الطاعن يستتبع نقضه بالنسبة للمطعون ضده الثالث ولو لم يطعن فيه " .

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٣/٢/١١)

٩٥ـ أثر الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين :

إذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين ، دون أن يكون الباقون ممثلين فى الدعوى ، أفاد منه الباقون ويكون لهم أن يحتجوا به ، إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر

الحكم لصالحه إذ يقتصر فى هذه الحالة أثر الحكم عليه وحده ، كأن يصدر الحكم فى نزاع حول حلول الأجل الذى اقترن به الدين، أو تحقق الشرط الذى علق عليه الدين بالنسبة لهذا المدين دون غيره ، أو فى نزاع حول عيب شابَ رضاء هذا المدين وحده .

أى أن شرط إفادة باقى المدينين من الحكم أن يكون الحكم قد بنى على دفع من الدفوع المشتركة بينهم كعدم مشروعية السبب أو المحل[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يتضمن هذا النص آخر تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة فى إعمال فكرة النيابة ، فيما يتعلق بحجية الشئ المقضى به . فإذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين ، فلا يحتج بهذا الحكم على الباقين . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيفيد منه الباقون، ما لم يكن هذا الحكم مبنياً على سبب خاص بالمدين الذى صدر له الحكم .

ويراعى أن الحكم الصادر لصالح أحد المدينين المتضامنين يزول أثره بالنسبة لباقى المدينين ، إذا قضت بإلغائه هيئة قضائية مختصة ، ولكن إذا اختصم الدائن جميع المدينين فى الدعوى

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٢٥ ومابعدها- سمير عبد السيد تناغو ص ٢٨٤.

وصدر حكم لصالحهم ، ثم قضى بإلغاء هذا الحكم بالنسبة لأحـــدهم فيما بعد ، فلا يضار الباقون بذلك ، أما إذا صدر الحكم عليهم ، فلا يترتب على إعلانه لأحدهم سريان مواعيد المعارضة والاســتئناف والنقض بالنسبة للباقين.

٢- وتسرى القاعدة نفسها أيضا على التضامن الإيجابى . فــإذا حكم لصالح أحد الدائنين المتضامنين على المدين ، أفاد مــن هــذا الحكم باقى المدينين ، أما إذا قضى لصالح المدين فلا يضار الباقون بهذا الحكم . وإذا ألغى الحكم الصادر لصالح أحد الــدائنين ، زال أثره بالنسبة لباقى الدائنين . ولكن إذا كــان جميــع الــدائنين قــد اختصموا فى الدعوى ثم قضى بإلغاء الحكم بالنسبة لأحدهم ، فــلا يضار بذلك الباقون . ولا يترتب على إعلان الحكم لأحدهم سريان المواعيد المقررة للطعن فى الأحكام بالنسبة للباقين" [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩٣ ومابعدها .

مـادة (٢٩٧)

١- إذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن .

٢- وينقسم الدين إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

الشـــرح

٩٦ـ رجوع المدين الموفى على باقى المدينين المتضامنين .

يتجلى الأثر الجوهرى للتضامن بوضوح فى علاقــة المــدينين المتضامنين بالدائن بحيث يكون كل مدين مسئولا عن الدين بالكامل فى مواجهة الدائن . أما فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بيــنهم فإن القاعدة هى انقسام الدين عليهم كل بقدر حصته بحيث يتحمــل كل منهم نصيبه فيه .

ومن ثم يكون للمدين المتضامن الذى وفى الدين أن يرجع على باقى المدينين المتضامنين معه كل بقدر حصته ، على أن يتحمــل جميعهم كل بقدر نصيبه ، حصة المدين المعسر .

ولا يلزم للرجوع على باقى المدينين المتضامنين أن يقــع مــن المدين المتضامن وفاء للدين بالمعنى الفنى لهذا الاصطلاح ، بــل يكفى أن يكون قد قضى الدين بما يقوم مقــام الوفــاء ، كالوفــاء

بمقابل أو بطريق المقاصة التى يدفع بها مطالبة الدائن له ، أو بطريق التجديد ، لأن المدين يكون بإحدى هذه الطرق قد أبرأ ذمة المدينين الآخرين من الدين التضامنى فيقوم حقه فى الرجوع على كل منهم بحصته فيه [١].

ولايجوز للمدين الموفى الرجوع إلا بقدر حصة كل من باقى المدينين ولو كان رجوعه عليهم بمقتضى دعوى الحلول ، التى تسمح له بأن يحل محل الدائن فيما له من حق وبما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفاع (م٣٢٩ مدنى) .

٩٧ـ انقسام الدين بين المدينين المتضامنين :

إذا كانت حصة كل من المدينين المتضامنين محددة فإنه لايجوز للمدين المتضامن الموفى إلا الرجوع على باقى المدينين المتضامنين إلا بقدر حصته .

وإذا كان التضامن اتفاقيا ، فإنه يجب لتحديد حصة كل من المدينين الرجوع إلى الاتفاق المعقود فيما بينهم .

ولايشترط أن يكون تحديد الحصة صريحا ، بل يصح أن يكون ضمنيا . كما إذا اشترى ثلاثة أشخاص عقارا على الشيوع على أن

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٥٤ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٢٧ .

يكون لأحدهم النصف والثانى ثلاثة أثمان والثالث الثمن . والتزموا متضامنين بالثمن للبائع ، فينقسم الدين عليهم بنسبة حصة كل منهم فى العقار الذى اشتروه وإن كان التضامن قانونيا ، فقد ينص القانون على الأساس الواجب لتحديد حصة كل من المدينين .

ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ١٦٩ من أنه : " إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض " .

فإذا لم يظهر ذلك من الاتفاق أو لم ينص القانون فأن القاعدة أن الدين ينقسم إذا وفاه أحد المدينين حصصا متساوية بين الجميع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- تتناول هذه المواد الثلاث (م٤٢١، ٤٢٢ ،٤٢٣) علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم . والقاعدة أن الدين ينقسم بين المدينين بالنسب المتفق عليها ، أو المحددة بمقتضى نص فى القانون (من ذلك مثلا نص المادة ٢٣٦ فقرة ٢ من المشروع الخاص بدرجة جسامة الخطأ ، فيما يتعلق بالتضامن فى المسئولية عن الفعل الضار) . ولكن إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله فى صلته بالباقين . فلو أقيم

الدليل على أن مدينا من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلى، وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء (فى حدود صلتهم ببعضهم لا فى حدود صلتهم بالدائن) وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فإذا وفى لم يكن له حق فى الرجوع على الباقين ، وإذا قام بالوفاء مدين آخر ، كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله .

٢- فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص فى القانون بشأن التقسيم ، انقسم الدين بين المدينين المتضامنين حصصا متساوية ، وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الإعسار سائر المدينين ، حتى من قام منهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الإشارة إلى أن من أبرئ من المدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصيبه فى تبعة الإعسار "[1].

٩٨- الأساس القانونى لحق الموفى فى الرجوع على باقى المدينين المتضامنين :

يرجع المدين الذى وفى الدين على بقية المدينين المتضامين بما أوفاه للدائن ، إما بدعوى شخصية وإما بدعوى الحلول .

أما الدعوى الشخصية فقد تكون دعوى الوكالة إذا كان التضامن قد نشأ بين المدينين باتجاه إرادتهم إلى إنشائه كأن كان مصدر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩٨ ومابعدها .

التضامن عقدا أبرمه الدائن معهم أو كان نتيجة توقيعهم ،على التعاقب ، على ورقة تجارية حيث يفترض إعطاء كل منهم للآخرين توكيلا فى الوفاء بالدين المشترك .

وتكون دعوى الفضالة فى الحالات الآخرى . عندما يكون التضامن بينهم مصدره نص فى القانون [١].

أما دعوى الحلول فهى دعوى الدائن الذى وفاه المدين ، بوصف المدين الموفى قد حل محله نتيجة لقيامه بالوفاء له (م٣٢٦/١ مدنى) وميزة هذه الدعوى للمدين أنها تمكنه من الاستفادة من التأمينات التى كانت للدائن وقد يفضل المدين مع ذلك الرجوع بالدعوى الشخصية فى بعض الحالات . كما لو كانت دعوى الدائن قد سقطت بالتقادم فمدة تقادم تلك الدعوى تحسب من وقت أن أصبح حق الدائن مستحق الأداء وقد يكون حق الدائن مما يسقط بتقادم حولى فى حين أن مدة تقادم الدعوى الشخصية لا تبدأ إلا من وقت الوفاء . كما أن للرجوع بالدعوى الشخصية ميزته من حيث استحقاق الفوائد ، إذ تحتسب الفائدة القانونية للموفى بوصفه وكيلا أو فضوليا من يوم قيامه بالوفاء (مادتان ٧١٠ ، ١٩٥ مدنى)[٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٥٥- اسماعيل غانم ٣٣٩ ومابعدها.
(٢) اسماعيل غانم ص ٣٤٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنـه :

"٣- وليس يبقى بعد هذا كله سوى بيان الأساس القانونى لحـق الرجوع فى علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم . فهذا الرجـوع يحصل بمقتضى دعويين :

(أ) الأولى الدعوى الشخصية وقوامها ما يكون بـين المـدينين المتضامنين من علاقات سابقة : كالوكالة والفضالة ، والإثراء (ب) والثانية دعوى الحلول . ولا يكون للمدين المتضامن أن يطالب كلا من الباقين بأكثر من حصته ، سـواء أرجـع بمقتضـى الـدعوى الشخصية ، أم بمقتضى دعوى الحلول "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن المادة ١١٥ من القانون المدنى تنص على أنه إذا قام أحـد المتضامنين فى الدين بأدائه جاز له الرجوع على باقى المدينين معه كل بقدر حصته فى الدين ، ومفاد هذا أن تضامن المـدينين قبـل الدائن لا يلزم عنه تضامنهم بعضهم قبل بعـض . فـالحكم الـذى يقضى باعتبار المدينين متضامنين فيما بينهم لكونهم متضامنين قبل الدائن يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه ".

(طعن رقم ٦٧ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/٢/٢٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩٩ .

٢- " إنه بمقتضى المادة ١١٥ من القانون المدنى لا يكون للمدين المتضامن الذى أوفى الدين أن يرجع على أحد من المدينين معه إلا بقدر حصته فى الدين ثم إنه وإن كان يجوز للمدين المتضامن الذى وفى الدائن بالدين أن يحل محله فى الضمانات التى كانت له كالرهون والاختصاصات العقارية فإن هذا الحلول إنما يكون بداهة بالقدر الذى يجوز له أن يطالب به كل مدين ، فإذا قضى الحكم بأن المدين المتضامن ليس له أن يرجع بشئ على مدين متضامن معه دفع أكثر من حصته فى الدين ، وبالتالى ليس له أن يدخل فى توزيع ثمن أطيانه التى نزعت ملكيتها وفاء لدين آخر عليها ، وأنه لذلك لا تكون له صفة فى الطعن على تصرفات هذا المدين بطريق الصورية أو بغيرها من الطرق ، فإنه لا يكون قد خالف القانون فى شئ ".

(طعن رقم ٧٢ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤١/٢/٢٧)

٣- (أ)- " القول بحق المدين المتضامن فى الرجوع على المدينين الآخرين بما دفعه عنهم ونزع ملكية أرضهم وشرائها بالمزاد لنفسه جهرا أو بواسطة من يوكله أو يسخره عنه خفية . هذا القول محله أن يكون الوفاء من ماله الخاص " .

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩)

(ب)- " متى قررت محكمة الموضوع أن مدينا متضامنا قام

بتسوية الدين ونزع ملكية أطيان المدينين الآخرين وشرائها بالمزاد لنفسه وأنه أوفى مقابل التسوية لحسابهم جميعا ومن المال المشترى فإن النيابة التبادلية فى الالتزامات التضامنية أو الوكالة الضمنية التى قدرتها تلك المحكمة فى هذه الحالة تمنع من إضافة الملك إلى الوكيل أو النائب الراسى عليه المزاد بل ويعتبر رسو المزاد كأنه لم يكن إلا فى خصوص إنهاء علاقة الدائن بالمدينين المنزوعة ملكيتهم ".

(نقض طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩)

٤- " لئن كان يجوز للمدين المتضامن أن يتفق مع غيره مع المدينين المتضامنين على أن يتحمل وحده بكل الدين محل التضامن، إلا أنه لايجوز لغيره من المدينين المتضامنين الرجوع عليه بهذا الدين إلا إذا كان قد وفاه بالفعل للدائن ، ولا يغنى عن ذلك صدور أحكام نهائية عليه بهذا الدين طالما أنه لم يتم الوفاء به بالفعل تنفيذا لهذه الأحكام. وإذ كانت صورة الدعوى كما أثبتها الحكم المطعون فيه أن البنك - الدائن - استصدر ضد الطاعنين ومورث المطعون ضدهم أحكاما بإلزامهم بالتضامن بالدين موضوع الدعوى فأقام الطاعن الأول- دعوى بإلزام المطعون ضدهم بأن يؤدوا له قيمة هذا الدين من تركة مورثهم استنادا إلى إقرار المورث بالتزامه وحده بالدين محل التضامن بمقتضى الإقرار الصادر منه ، وكان

الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم قبول الدعوى برفعها قبل الأوان تأسيسا على أنه لم يثبت أن الطاعن الأول قد وفى بالفعل بالدين محل التضامن أو أن البنك – الدائن – قد نفذ على أمواله بهذا الدين ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ١٧٤ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣)

٩٩ـ مناط الرجوع بحصة باقى المدينين المتضامنين أن يكون ما دفع من المدين الموفى يزيد على نصيبه فى الدين :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

" يشترط لرجوع المدين المتضامن على المدين المتضامن معه أن يكون قد وفى أكثر من نصيبه فى الدين . وإذن فمتى كان الواقع أن الطاعن مدين بالتضامن مع المطعون عليه فى عقد رهن وكان الحكم المطعون فيه قد أثبت بأسباب سائغة أنه لم يوف من الدين المضمون بالرهن إلا أقل مما التزم به بمقتضى محضر الصلح المبرم بينه وبين المطعون عليه فإن ما يزعمه من أن جميع أقساط الدين موضوع الصلح أصبحت واجبة الأداء له . لا سند له من القانون ".

(طعن رقم ٧١ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

مــادة (٢٩٨)

إذا أعسر أحد المدينين المتضامنين تحمل تبعة هذا الإعسار المدين الذى وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته .

الشــرح

١٠٠- إعسار أحد المدينين المتضامنين :

إذا وجد المدين المتضامن الموفى أحد المدينين معسرا فهو لا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار ، بل يشترك معه فى تحملها سائر المدنين الموسرين كل منهم بقدر حصته فى الدين .

فإذا فرضنا دينا قدره ٥٠٠ جنيه تضامن فيه أ ، ب ، ج وكانت حصة (أ) ١٠٠ جنيه وحصة (ب) ١٠٠ جنيه وحصة (ج) ٣٠٠ جنيه ، ثم وفى (أ) بالدين كله ، فإن له الرجوع على (ب) بمائة وعلى (ج) بثلاثمائة فإذا كان (ب) معسرا ، فلم يحصل (أ) فى قسمة الغرماء إلا على ٦٠ جنيها فهو لا يتحمل الخسارة وحده ، بل توزع الأربعون جنيها الباقية بينه وبين (ج) . فيتحمل (أ) فيها ١٠ جنيهات ويتحمل (ج) ٣٠ جنيها ، وبذلك يكون من حق (أ) أن يرجع على (ج) بمبلغ ٣٣٠ جنيها بدلا من ٣٠٠٠ .

والمدين الذى أبرأه الدائن من الدين أو من التضامن يظل ملزما بنصيبه فى حصة المعسر ، إلا إذا كان الدائن قد أخلاه من كل

مسئولية عن المدين فيتحمل الدائن نفسه نصيب هـذا المـدين فـي حصة المعسر (م٢٩١ مدنى)[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا لم يكن ثمة اتفاق أو نص فى القـانون بشـأن التقسـيم ، انقسم الدين بين المدينين المتضامنين حصصا متساوية ، وإذا أعسر أحدهم تحمل تبعة هذا الإعسار سائر المدينين ، حتى من قام مـنهم بالوفاء بالدين . وقد تقدمت الإشارة إلى أن من أبرئ من المـدينين المتضامنين من الدين أو من التضامن يتحمل نصـيبه فـى تبعـة الإعسار "[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩٩ .

مــادة (٢٩٩)

إذا كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصــلحة في الدين ، فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين .

الشـــرح

١٠١- تحمل صاحب المصلحة فى الدين وحده بالدين كله :

قد يتقدم أشخاص مع المدين إلى الدائن مدينين متضامنين معه، ولا يكون لهم فى الدين أية مصلحة . وإنما يقصدون بإضافة صفة المدين المتضامن على أنفسهم توفير ضمان لدائنه بكفالة لا تخول لهم حقوق الكفيل . بحيث يكون أولئك الأشخاص فى الحقيقة كفـــلاء . ومثال ذلك أن يستدين الزوج من البنك بضـــمانة زوجتـــه أو الأخ بضمان اخوته فيشترط عليهم البنك أن يكونوا مدينين متضامنين مع أن الزوج أو الأخ الأكبر يكون هو الذى أخذ مبلغ القرض لحســابه واستعمله فى مصلحته . فإذا نفذ البنك على أموال الزوجة أو على أموال الإخوة الآخرين واستوفى حقه منها ، كان للزوجة أن ترجع بالدين كله على زوجها أو للإخوة الآخرين أن يرجعوا به كله على أخيهم .

فالمبدأ الأساسى فى هذه الحالة هو التمييز ما بين علاقة هؤلاء المدينين المتضامنين بالدائن إذ تسرى قواعد التضامن ، وعلاقـــتهم بعضهم ببعض إذ تسرى قواعد الكفالة [١].

---

(١) السنهورى ص ٣١٩ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٨٥ ومابعـــدها- سمير عبد السيد تناغو ص ٢٨٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ولكن إذا كان أحد المدينين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين ، فهو الذى يتحمل به كله فى صلته بالباقين . فلو أقيم الدليل على أن مدينا من المدينين المتضامنين هو المدين الأصلى ، وأن الآخرين ليسوا سوى كفلاء (فى حدود صلتهم ببعض لا فى حدود صلتهم بالدائن) وجب أن يتحمل هذا المدين الدين كله ، فإن وفى لم يكن له حق فى الرجوع على الباقين، وإذا قام بالوفاء مدين آخر، كان لهذا المدين أن يرجع عليه بالدين كله "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"إذ كان من المقرر وعلى ما نصت عليه المادة ٢٩٩ من القانون المدنى أنه " إذ كان أحد المدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة فى الدين فهو الذى يتحمل به كله نحو الباقين " فمن ثم تنتفى مصلحة الشركتين الطاعنتين - الدامجتين للشركة المحال عليها بالحق والمؤممة بعد فرض الحراسة عليها - فى تعييب الحكم المطعون فيه ، بإلزام تلك الشركة والحارس العام على من كان يمثلها متضامنين بالحق المحال به بتناقضه فى أساس إلزام المحكوم عليهم بالدين أو إغفاله بيان سبب تضامنهم فيه ".

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٩/٤/٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٩٨ ومابعدها .

٢ـ عدم القابلية للانقسام

مادة (٣٠٠)

يكون الالتزام غير قابل للانقسام :

(أ) إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم .

(ب) إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك .

الشــرح

١٠٢ـ تعريف عدم قابلية الالتزام للانقسام :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا كان محله واحدا وكانت هذه الوحدة فى محله غير قابلة للتجزئة عند تعدد الطرف الدائن أو المدين فى هذا الالتزام . سواء توافر هذا التعدد من وقت نشوء الالتزام أو طرأ عليه بعد نشوئه بسبب انتقاله من ناحيته الإيجابية أو من ناحيته السلبية إلى عدة أشخاص ، وسواء كان هذا الانتقال بسبب تصرف قانونى أو بسبب إرث أو غير ذلك [١].

وعلى ذلك لا تثور فكرة عدم قابلية الالتزام للانقسام إذا كان المدين به شخصا واحدا ، وكان الدائن به شخصا واحدا ، لأن

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٨٨ – عبد المنعم الصده ص ٤٣ ومابعدها .

المدين يلتزم فى هذه الحالة بوفاء هذا الالتزام كاملا لدائنه سواء كان الالتزام قابلا للانقسام أو غير قابل (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المواد ٣٠٠ ، ٣٠١ ، ٣٠٢ من القانون المدنى يدل على أن وصف عدم قابلية الالتزام للانقسام ، وإن كان ينبعث فى جوهره من محل الالتزام ، إلا أنه ينصرف فى آثاره إلى أطراف الالتزام ، ذلك أنه – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى– لا تظهر أهمية عدم قابلية الالتزام للانقسام إلا حيث يتعدد المدينون أو الدائنون إما ابتداء عند إنشاء الرابطة القانونية وإما بعد ذلك إذا تعدد ورثة من كان بمفرده طرفا من طرفى الالتزام ".

(طعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٧)

١٠٣- أسباب عدم قابلية الالتزام لانقسام :

ترجع عدم قابلية الالتزام للانقسام إلى سببين هما :

السبب الأول :

أن يكون محل الالتزام بطبيعته غير قابل للانقسام .

ويرجع ذلك إلى أن محل الالتزام لايقبل بطبيعته أن يقسم ، إما لأن المحل لا تتصور تجزئته ، وإما لأن المحل – وإن كان من

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٥٤ .

الممكن تصوره مجزءا – قد نظر إليه فى العقد ككل لا يقبل التجزئة . فتكون عدم القابلية للانقسام فى الحالة الأولى مطلقة ، وفى الحالة الثانية نسبية .

(أ) عدم القابلية للانقسام المطلقة :

يتحقق ذلك إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل . فالتزام بائع المحل التجارى بعدم منافسة المشترى لا تتصور فيه التجزئة، فلا يتصور أن ينفذ منه جزء دون جزء . فإذا تعدد البائعون التزم كل منهم بعدم المنافسة التزاما لا يقبل الانقسام ، فلا يتصور أن يقوم أحدهما بنصف هذا الالتزام ويترك النصف الباقى على عاتق الآخر .

وإذا تعدد المشترون فلا يتصور إلا أن ينفذ البائع التزامه كاملا بالنسبة لكل منهم .

ومثل ذلك أيضا الالتزام بتسليم حيوان حيا ، والتزام البائع بالتدخل فى دعوى الاستحقاق التى ترفع على المشترى لرد تعرض مدعى الاستحقاق (م ٤٤٠ مدنى) .

وكذلك الالتزام بتقرير حق ارتفاق .

أما الالتزام بنقل حق عينى أو إنشائه على شئ ، أى الالتزام بإعطاء ، فيندر أن يكون غير قابل للإنقسام بصفة مطلقة بسبب طبيعة محله . ذلك أنه حتى فى الحالات التى يكون الشئ فيها غير

قابل للتجزئة المادية ، فإن الوفاء الجزئى ليس مستحيلا ، إذ من المنصور أن تنقل للدائن حصته شائعة فى الشئ بدلا من الحق كاملا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تتناول المادة ٤٢٤ بيان حالتى عدم القابلية للانقسام :

(أ) فتعرض الأولى حيث يرد الالتزام على محل لا يقبل التجزئة بطبيعته، كما هو الشأن فى تسليم شئ معين بذاته يعتبر كلا لا يحتمل التبعيض (كجواد مثلا) أو فى ترتيب أو نقل حق غير قابل للانقسام (كالارتفاق مثلا) . أو فى التزام وضع لايتصور فيه التفريق (كالبقاء على موقف سلبى معين بمقتضى التزام بالامتناع عن عمل شئ) "[1] .

(ب) عدم القابلية للانقسام النسبية :

يتحقق ذلك عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته، وإنما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام بسبب نظرة المتعاقدين إليه ككل لا يتقسم . والمثل التقليدى لذلك التزام المقاول ببناء المنزل . فالعمل المطلوب تتصور تجزئته بل هو لا يتم إلا جزءا جزءا ، إذ أن بناء المنزل يتم على مراحل متعاقبة . ولكن محل الالتزام فى نظر المتعاقدين ليس عناصر البناء المختلفة وإنما البناء ككل . فيكون الالتزام غير قابل للإنقسام بسبب طبيعة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠١ .

المحل كما نظر إليه المتعاقدان . فإذا تعهد مقاولان ببناء منزل وفقا لمواصفات معينة فلا ينقسم الالتزام عليهما وإن لم يشترط التضامن بينهما ، فلا يكفى أن يقوم أحدهما ببناء جزء من المنزل تاركا للآخر بناء الجزء الباقى إتماما للمواصفات . بل يكون لرب العمل أن يطالب أيا منهما ببناء المنزل كاملا وفقا للمواصفات المتفق عليها. ومن ذلك أيضا أن يتعهد مؤلفان لناشر بتأليف رواية معا ، فيكون التزامهما غير قابل للانقسام على أساس طبيعة المحل النسبية .

وكذلك فإن المتجر وإن كان قابلا للانقسام بطبيعته إذ يمكن تجزئة عناصره المختلفة من مكان وسلع وعملاء وحقوق وديون وما إلى ذلك ، إلا أنه جعل بنظرة الإنسان إليه كلا غير قابل للتجزئة فلا يمكن تسليم بعضه دون بعض [١].

السبب الثانى :

الاتفاق على عدم قابلية الالتزام للانقسام .

فعدم القابلية للانقسام هنا لا ترجع إلى طبيعة المحل المطلقة أو النسبية ، بل إلى مجرد الاتفاق على عدم قابلية المحل للانقسام .

ويطلق على هذه الحالة أيضا (عدم تجزئة عرضية أو عدم تجزئة فى التنفيذ).

---

(١) السنهورى ص ٣٢٧ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٣٤٦ ومابعدها .

وهذا الاتفاق يكون صريحا، كما يصح أن يكون ضمنيا .

فالإرادة تكون صريحة إذا اشترط الدائن على المدين صراحة فى العقد الذى أنشأ الالتزام ألا يجوز تنفيذه منقسما ، بل يجب تنفيذه باعتباره كلا غير قابل للتجزئة . وأكثر ما يقع ذلك فى الالتزامات التضامنية عندما يريد الدائن ألا ينقسم الالتزام على ورثة أحد من المدينين المتضامنين أو عندما يريد الدائنون المتضامنون ألا ينقسم الالتزام على ورثة أى منهم ، فيشترط إلى جانب التضامن فى الالتزام عدم قابليته للانقسام [١].

أما الاتفاق الضمنى فهو ما يستخلص من ظروف التعاقد ، وبصفة خاصة من الغرض المقصود من الالتزام . كما لو اشترى شخص أرضا من عدة ملاك وكان مفهوما فى العقد أنه قصد أن يقيم عليها مصنعا ، فلا يصح الوفاء من كل مالك بقدر حصته الشائعة ، بل يجب الوفاء بالكل . ومن ذلك أن يبيع شخص قطعتى أرض إلى مشتر واحد بصيغة واحدة ويكون مفهوما بين المتعاقدين أنه قد أراد بذلك أن يسدد من ثمنهما معا دينا عليه ، فيكون التزام المشترى بالنسبة للقطعتين التزاما واحدا لا يقبل التجزئة [٢].

---

(١) السنهورى ص ٣٢٨ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ٣٥٥ – ومابعدها- اسماعيل غانم ص ٣٤٨ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتعرض الثانية حيث تنصرف نية المتعاقدين صراحة أو ضمنا إلى عدم إجازة تجزئة الوفاء بالالتزام ، وبالأخص ، إذا تبين ذلك من الغرض الذى قصداه . وعلى هذا النحو يعتبر التزام البائع غير قابل للانقسام بسبب الغرض المقصود متى كان المبيع أرضا تكفى دون سعة لاقامة البناء الذى يحتاج المشترى إليه .

ويفرق الفقه فى صور عدم القابلية للانقسام بين ما يكون منها ضروريا (وهو ما يرجع إلى طبيعة المحلِ) وبين ما يكون منها إلزاميا (وهو ما يرجع إلى الغرض المقصود) ، وببن ما يكون منها مشروطا لنفى تجزئة الوفاء . وهذا الضرب الأخير يقرر لمصلحة الدائن على وجه الإفراد ، ولا يكون له أثر إلا من ناحية المدين (الناحية السلبية) ، فإذا مات المدين كان كل وارث من ورثته ملزما بأداء كل الدين ، أما إذا مات الدائن، فينقسم الدين على نقيض ذلك بين ورثته "[1] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " عدم تجزئة الالتزام يصح بتقريره بإرادة المتعاقدين . وإذن فمتى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن اشترى من المطعون عليه قطعتى أرض منفصلتين الواحدة عن الأخرى أفرغا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠١ .

معا فى محرر واحد ، وكان الحكم إذ قضى برفض الدعوى التى أقامها الطاعن بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين تأسيسا على أن التزامات الطاعن بالنسبة إلى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة وأنه قصر فى الوفاء بها ، وقد أقام قضاءه على أن الطاعن تعهد بوفاء دين قطعة مما يتبقى من ثمن الثانية وأن نية المطعون عليه واضحة فى هذا من رغبته التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتى الأرض على السواء لمشتر واحد يكمل من باقى ثمن إحداهما ما على الأخرى لنفس الدائن - متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك ، فإن ما ينعاه عليه الطاعن من خطأ فى تطبيق القانون استنادا إلى أنه أوفى إلى المطعون عليه بكامل ثمن القطعة التى طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد بالنسبة إليها يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٣/٢٢)

(ب)- " الأصل أن الالتزام يكون قابلا للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن ينقسم ، إلا أنه يصح تقرير عدم انقسام الالتزام بإرادة المتعاقدين ، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق فى استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض ".

(طعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

(ج)- " محكمة الموضوع لها تحصيل المعنـــى الـــذى قصـــده المتعاقدان من عبارات العقد ، ويصبح تقرير عدم تجزئة الالتـــزام بإرادة المتعاقدين ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه حصل من وقائع النزاع أنه بموجب عقد مـــؤرخ ١٩٦٥/٤/١٨ اشـــترى الطاعن من المطعون ضدها الثانية أرضا زراعية مســـاحتها ٢ف و١٠ ط كانت قد اشترتها بموجب عقد مـــؤرخ ١٩٦٠/٦/٢٧ مـــن المطعون ضده الأول ضمن مساحة ٥٥ف و٢ ط و١٥ س بيعـــت إليها بثمن مقداره ٢٥٠٠٠٠ج دفع منها ١٠٠٠٠ج واشترط ســـداد الباقى على أقساط مع احتفاظ البائع بحق الامتياز لحين سداد كامل الثمن ، مما مفاده اتفاق طرفى عقد ١٩٦٠/٦/٢٧ على عدم تجزئة التزام المشترية بسداد باقى الثمن، وكان الطاعن قد أقـــام الـــدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد ١٩٦٠/٦/٢٧بالنسبة لمســـاحة ٢ف و١٠ط التى اشتراها بعقد ١٩٦٥/٤/١٨ إلا أن المطعـــون ضـــده الأول دفع بعدم التنفيذ لأن المشـــترية فـــى عقـــد ١٩٦٠/٦/٢٧- المطعون ضدها الثانية- لم توف ببـــاقى الـــثمن ، فـــإن الحكـــم المطعون فيه إذ قضى برفض الدعوى تأسيسا على أنه يتعين الوفاء أولا بالالتزام المقابل فى العقد الأول بسداد باقى الثمن حتى يطالب البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية – يكون قد التزم صحيح القانون ".

(طعن رقم ٩٩٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٨٢/١/٢٨)

(د) – " الأصل فى الالتزام الذى يتعدد فيه الدائنون أو المدينون أو كليهما سواء عند إنشاء الرابطة العقدية أو بعدها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن يكون قابلا للانقسام إلا إذا نص صراحة فى الاتفاق على غير ذلك أو إذا كان الالتزام وعلى نحو ما ورد بالمادة ٣٠٠ من القانون المدنى واردا على محل لايقبل بطبيعته أن ينقسم ، أو إذا تبين من الغرض الذى رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لايجوز تنفيذه منقسما ، أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك . وإذا كان محل الالتزام بنقل ملكية عقار أو حصة شائعة فيه ، فإنه يقبل الانقسام بطبيعته ويتسلم المشترى المبيع شائعا طبقا لسند ملكيته إلا إذا تبين اتجاه إرادة المتعاقدين إلى عدم قابلية الالتزام للانقسام . واستخلاص ذلك مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق وبدون معقب عليها فى ذلك من محكمة النقض " .

(طعون أرقام ٩٢٣، ١٠٤٩، ١٠٨٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٤)

والغالب فى اشتراط عدم الانقسام أن يقصد به مصلحة الدائن فلا يكون له أثر إلا من ناحية المدين ، فلا يجبر الدائن على قبول وفاء جزئى وإن تعدد المدينون بل يكون كل منهم ملزما بأداء كل الدين . أما إذا تعدد الدائنون، أو توفى الدائن عن عدة ورثة ،

فينقسم الحق عليهم ، فيكون لكل منهم أن يطالب المدين بحصته فحسب . على أنه قد يشترط عدم الانقسام لمصلحة المدين فلا يجبر على تقسيم الوفاء وإن تعدد دائنوه . من ذلك كثيرا ما يشترط في الأسهم والسندات أنها لا تقبل التجزئة ، فإذا مات صاحبها عن عدة ورثة فلا ينقسم الحق عليهم ، فلا يجوز أن يطالب كل منهم الشركة بجزء من الأرباح أو الفوائد بقدر حصته في الميراث بل لا تلزم الشركة إلا بالوفاء جملة واحدة [١].

واستخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية أو عدم قابلية الالتزام للانقسام مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائغا ولا مخالفة للثابت بالأوراق .

ولا محل في الالتزام غير القابل للانقسام إلى افتراض نيابة تبادلية بين المدينين لا فيما ينفع ولا فيما يضر ولا إلى ترتيب أي أثر من الآثار التي رتبها المشرع عليها في الالتزامات التضامنية . بل يتعين هنا كما في التضامن مراعاة تعدد الروابط بين المدينين المتعددين والدائن وما رتباه هناك من نتائج على هذا التعدد .

غير أن هذا لا يمنع من أن تترتب على عدم قابلية الالتزام

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤٩ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٤٧ .

للانقسام بعض تلك الآثار التى تقدم أنها تترتب فى التضامن على فكرة النيابة التبادلية لا باعتبارها كذلك بل باعتبارها نتيجة لطبيعة الالتزام غير القابل للانقسام[1].

---

(١) السنهورى ص ٣٣٥ هامش (١) – سليمان مرقس ٣٩٢– عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٨– وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح أن يضاف إلى نصوص المواد ٣٠٠ ومابعدها الخاصة بالالتزام غير القابل للانقسام النص الآتى " تسرى أحكام التضامن على الالتزام غير القابل للانقسام وذلك بقدر ما تتفق هذه الأحكام مع طبيعته" وذلك لبيان حكم التقادم والإبراء وما إلى ذلك من أحكام التضامن فى خصوص الالتزام غير القابل للانقسام . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن أكثر أحكام التضامن تقوم على فكرة النيابة ومن الأحوط التحرز من بسط نطاق هذه الفكرة على الالتزام غير القابل للانقسام أما بيان الأحكام التى يشير إليها الاقتراح فيرجع فيها إلى القواعد العامة . هذا فضلا عن أن صيغة النص المقترح لا ترد القاضى إلى ضابط بين المعالم .
(ملحق تقرير اللجنة – مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٢ ومابعدها) .
ولا يستقيم مع ذلك ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدى من أنه : " وقد واجهت المادة ٤٢٥ حالة تعدد المدينين ، وفى هذه الحالة ، يلتزم كل مدين فى صلته بالدائن بالوفاء بكل الالتزام كما هو الشأن فى التضامن، وتستبعد كذلك فكرة النيابة حيث يكون إعمالها ضارا ، وتستبقى إذا كان فى ذلك نفع للمدينين ".
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٤) – وعكس ذلك اسماعيل غانم ص ٣٥٠ وعبد المنعم الصده ص ٤٥ فيريان أن مبدأ النيابة التبادلية بين المدينين ، فى صلتهم بالدائن ينطبق أيضا فى نفس الحدود التى ينطبق فيها عند تضامن المدينين .

ومن الآثار التى تترتب على عدم القابلية للانقسام عند تعدد المدينين أنه يجوز للدائن أن يطالب أيا من المدينين بالدين كله باعتباره دينا واحدا غير قابل للتجزئة فإذا وجه الدائن المطالبة القضائية إلى أحد المدينين فقط ، جاز لهذا المدين أن يطلب تأجيل الدعوى لإدخال المدينين الآخرين فيها (م١١٧ مرافعات) ، وجاز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخالهم فيها وفقا للمادة (١١٨ مرافعات) حتى يصدر الحكم بإلزام المدينين جميعا وكل واحد منهم بكل الدين . ولكن لا يجوز لمن رفعت عليه الدعوى أن يدفعها بطلب تقسيم الدين بمقولة إنه غير متضامن مع المدينين [1].

١٠٤ـ أمثلة من قضاء محكمة النقض للمحل القابل للانقسام والمحل غير القابل للانقسام :

أولاً : أمثلة للمحل القابل للانقسام :

١- الالتزام بالتعويض النقدى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الالتزام بالتعويض النقدى قابل للانقسام " .

(طعن رقم ٣٠٦ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١٧)

---

(١) السنهورى ص ٣٣٤ ومابعدها – سليمان مرقس ص ٣٩١- محمود جمال الدين زكى ص ١٥٧ .

٢- الامتداد القانونى للإيجار المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ :

قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان الواقع فى الدعوى أن موضوع الخصومة يدور حول انقضاء عقد الإيجار إثر وفاة المستأجر الأصلى ، كما يدور حول نفى حق كل من الطاعن فى البقاء بشقة النزاع قولا بأنهما شغلاها بغير سند، وكان الثابت أن الطاعنة الأولى هى التى انفردت بإبداء دفاعها فى مرحلتى التقاضى من أنها كانت تساكن المستأجر ، وأن الطاعن الثانى لم يبد أية طلبات أو ينضم إلى الطاعنة الأولى فى الاستئناف المرفوع منها فى حكم محكمة أول درجة ، فإن الموضوع على هذا النحو يكون قابلا للتجزئة طالما أن الفصل فى النزاع يحتمل القضاء على أحدهما دون الآخر ".

(طعن رقم ١٤٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨)

٣- تثبت الملكية والريع :

قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " إذا كان الواقع أن المطعون عليهم أقاموا ضد الطاعنين دعوى بطلب تثبيت ملكيتهم إلى قدر معين من أطيان وعقارات فى تركة ، فإن موضوع هذه الدعوى على هذا النحو مما يقبل التجزئة بطبيعته ، ومن ثم فلا يسرى عليها نص الفقرة الثانية من المادة

٣٨٤ من قانون المرافعات التى تجيز لمن لم يستأنف الحكم الصادر فيها فى الميعاد الاستفادة من استئناف زميله لذلك الحكم فى الميعاد مهما اتحد مركزهما أو اشترك دفاعهما فيها ".

(طعن رقم ٢٤٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/١/١)

(ب)- " المطالبة بتثبت ملكية أطيان زراعية موضوع قابل للتجزئة ، ومن ثم فإن بطلان الطعن بالنسبة لأحد المطعون عليهم لا أثر له بالنسبة للباقين " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٣١)

٤- تثبيت الملكية والريع :

قضت محكمة النقض بأن :

" الموضوع فى دعوى تثبت الملكية والمطالبة بالريع موضوع قابل للتجزئة ولو انصبت الدعوى على مال شائع كما أن هذه الدعوى ليست من الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين إذ لم يشترط القانون فى تلك الدعوى اختصام جميع الملاك على الشيوع ، وكل ما يترتب على عدم اختصام من لم يختصم منهم هو أن الحكم الذى يصدر فيها لا يكون حجة عليه ، ومن ثم يكون طلب التدخل الانضمامى المبدى بجلسة المرافعة أمام محكمة النقض من بعض الطاعنين الذى بطل الطعن منهم ، استنادا إلى نص المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٥١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

٥- تثبيت الملكية والتسليم :

" إذا كان الثابت أن الطاعنين أقاموا الدعوى طالبين الحكم لهم بتثبت ملكيتهم للأطيان موضوع النزاع وتسليمها لهم ، ولما قضى لهم بطلباتهم ضد المطعون عليهم استأنف الأخيرون الحكم وبجلسة ١٩٦٩/١٠/٢٥ قرر المطعون عليه التاسع وهو وكيل عن والدته المطعون عليها الأولى عن نفسها بتنازله عن استئنافه وعن استئناف والدته وقضى الحكم المطعون فيه فى أسبابه بقبول ترك الخصومة بالنسبة لهما طبقا للمادة ٢٣٨ من قانون المرافعات ، ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة قابلا للتجزئة فإن الحكم بقبول ترك الخصومة يقتصر أثره على المطعون عليهما المذكورين دون باقى المطعون عليهم عملا بالقاعدة العامة التى تقصر حجية الأحكام على من كان طرفا فيها . وإذ أغفل الحكم المطعون فيه بحث مدى أثر الحكم بقبول ترك الخصومة من المطعون عليهما سالفى الذكر وقضى برفض الدعوى برمتها ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وشابه قصور يبطله ".

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢)

٦- تثبت الملكية وبطلان عقد البيع .

قضت محكمـــة النقض بـــأن :

" إذ كان الثابت أن المدعين أقاموا الدعوى بثبوت ملكيتهم إلـــى الأطيان الزراعية ، وببطلان عقدى البيع المسجلين- الصادرين عن ذات الأطيان- وهو موضوع قابل للتجزئة ، ولما كان لايفيد مـــن الطعن إلا من رفعه عملا بما تقضى به المادة ٢١٨ مـــن قـــانون المرافعات ، وكان الطعن بالنقض لم يرفع إلا من بعض المـــدعين الذين قضى برفض دعواهم ، وتأيد هذا القضاء استئنافيا ، لما كان ذلك فإن نقض الحكم يقتصر أثره على أنصبة الطاعنين فى الأطيان المبيعة بالعقدين سالفى الذكر دون باقى المدعين ".

(طعن رقم ٥٢٠ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/٢٠)

ثانيا: أمثلة للمحل غير قابل للانقسام :

١- إنهاء عقد إيجار أرض فضاء :

قضت محكمة النقض بـــأن :

" إذا كان طلب إنهاء عقد إيجار الأرض الفضـــاء التـــى كـــان يستأجرها مورث الطاعن والمطعون عليهم من الثانية إلى الأخيـــرة والذى آل حق إيجارها إلى هؤلاء بطريق الميراث أمـــر لا يقبـــل بذاته تجزئة مما مؤداه أنه وقد انفردالطاعن دون سواه من الورثـــة بالطعن على الحكم الصادر فى الدعوى فقد كان واجبا على الطاعن

بناء على أمر المحكمة من رفع الطعن وقبل نظره اختصامهم فيه وإذا بادر الطاعن الي ذلك من تلقاء نفسه فانه يكون قد حقق مراد القانون كاملا ولا يكون ثمة وجه للاحتجاج عليه بأن المطعون عليه إنما هو المحكوم له بالحكم المطعون فيه وصاحب المصلحة فى الدفاع عنه إذا لا تعارض بين هذا النظر وبين إعمال ما أوجبه القانون من اختصام زملاء الطاعن فى الموضوع غير القابل للتجزئة، ذلك الاختصام الذي لايتأتى إلا باعتبارهم مطعونا عليهم للانضمام الي الطاعن ، لما كان ما تقدم ، فإن الدفع المبدى من المطعون عليه الأول – بعدم قبول الطعن الموجه لباقى الورثة – يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩)

٢- فسخ عقد الايجار .

قضت محكمة النقض بأن :

"إذا كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه صادر فى موضوع قوامه فسخ عقد الإيجار الصادر لمورث الطاعنات عن المخبز المؤجر له من المطعون عليهم ومن ثم يعتبر الورثة الطاعنات بهذه المثابة طرفا واحدا فى تلك الخصومة التي لايحتمل الفصل فيها إلا حلا واحدا بعينه بما لازمه أن يكون الحكم واحدا بالنسبة لهم و من ثم يكون موضوعه غير قابل للتجزئة. ولما كانت

محكمة النقض قد خلصت إلي أن الطعن المقام من الطاعنات عن الحكم المطعون فيه قد وقع صحيحا من الطاعنة الأولى عن نفسها وباطلا ممن عداها وهو ما انتهت منه إلى عدم قبول الطعن بالنسبة لهؤلاء الآخرين فإنه يكون من المتعين إزاء ذلك اختصامهم في الطعن ".

(طعن رقم ١٠٣٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٨٠/٢/٩)

٣- تخفيض الاجرة

قضت محكمة النقض بان :

"إذا كان الحكم المطعون فيه قد بنى علي إجراء باطل وصدر فى موضوع تخفيض عين مؤجرة إلى الأجرة القانونية وهو بطبيعته غير قابل للانقسام إذ لا يتصور أن تحتسب الأجرة القانونية المتعلقة بالنظام العام بالنسبة لمؤجر علي أساس مغاير لمؤجر آخر ، فإنه يتعين نقض الحكم لهذا السبب بالنسبة للطاعنة الثانية ".

(طعن رقم ٨٦٧ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٥)

٤- فسخ عقد بيع :

قضت محكمة النقض بأن:

" إذ كان الثابت من عقد البيع المؤرخ ١٩٧٥/٢/٢٤ وملحقه المؤرخ ١٩٧٧/٩/٢٧ أن كلا من طرفيه - البائعون والمشترون-

قد التزموا بالالتزامات المترتبة عليهما بالتضامن فيما بينهم ، وهو ما يجعل الحكم صادرا فى التزام بالتضامن ، هذا إلى أن النزاع بشأن فسخ عقد البيع غير قابل للتجزئة ، وإذ أغفل الطاعنون اختصام إحدى المحكوم لهم فى الحكم المطعون فيه ، بما يكون الطعن برمته باطلا ومن ثم غير مقبول " .

(طعن رقم ٤٧١٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/١/٣١)

٥- إلزام الورثة بتقديم كشف حساب :

قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الحكم المطعون فيه قد قضى بتأييد الحكم المستأنف القاضى بإلزام الطاعنين جميعا بتقديم كشف حساب عن أعمال الشركة التجارية التى انفرد مورثهم بإدارتها موضوع العقد المؤرخ أول جماد الأول لسنة ١٣٢٦ هجرية فإن الحكم يكون فى هذا الخصوص صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة وإذ أمرت المحكمة باقى الطاعنين باختصام الطاعنين العشرين والسادس والعشرين فلم يستجيبوا ، فإن الطعن - بهذه الحالة - يضحى برمته غير مقبول " .

(طعن رقم ٢٢٠٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٣/١٤)

٦- طلب التسليم للغصب :

قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- " إن المادة ١١٦ من القانون المدنى لاتشير إلا إلى الالتزامات الاتفاقية غير القابلة للانقسام . أما الالتزامات غير الاتفاقية فمناط قابليتها للانقسام هو طبيعة الشئ محل الالتزام. فإذا رفعت دعوى غصب وكان العين المغصوبة المطلوب ردها قابلة بذاتها للتجزئة ، بل مجزأة فعلا ، وتحت يد كل من المدعى عليهم بالغصب جزء معين منها يستند فى وضع يده عليه إلى عقد قدمه صادر له من مملكه وحكمت المحكمة برفضها فاستأنف المدعى هذا الحكم فى الميعاد ضد بعض المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض أجزاء العين ثم استأنفه بعد الميعاد ضد المدعى عليهم الواضعى اليد على بعض الأجزاء الأخرى فلا يقبل قول هذا المستأنف بأن موضوع الحق المطلوب غير قابل للتجزئة وأنه لهذه العلة يكفى أن يكون استئنافه قبل البعض صحيحا ليكون الاستئناف قبل البعض الآخر صحيحا ولو كان بعد الميعاد ، بل الحكم الذى يقبل هذا ويقرره فى هذه الصورة يكون باطلا متعينا نقضه ".

(طعن رقم ٨٦ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٣/٥/٢٥)

(ب)- " إذا كانت الدعوى قد أقيمت بطلب إلزام الطاعنين بتسليم الأطيان المغتصبة باعتبارهم جميعا غاصبين لها دون

تخصيص كل من الطاعنين بقدر منها وكان قضاء الحكم قد جرى على هذا النحو فإن الحكم يكون صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة وهو ما يوجب على ما سلف بيانه تكليف الطاعنين الثانى والثالث والرابع باختصام الطاعنين الأول والأخيرة فى الطعن ".

(طعن رقم ٤٤١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٤/٥/١٢)

(ج)- " إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه صادر فى موضوع قوامه طلب الطاعنين طرد المطعون ضدهم من الأرض التى يمتلكونها عن طريق الميراث ومن ثم يعتبر الورثة الطاعنون سواء فى المركز القانونى ماداموا يستمدونه من مصدر واحد هو حقهم فى الميراث وبالتالى يعتبرون بهذه المثابة طرفا واحدا فى تلك الخصومة فلا يحتمل الفصل فيها سوى حل واحد بعينه بما لازمه أن يكون الحكم واحدا بالنسبة لهم ومن ثم يكون موضوعه غير قابل للتجزئة ولما كانت المحكمة قد خلصت إلى أن الطعن المقام من الطاعنين عن الحكم المطعون فيه قد رفع صحيحا من الطاعنين العشرة الأول وباطلا من الطاعنة الأخيرة عن نفسها وبصفتها وهو ما انتهت منه إلى عدم قبول الطعن بالنسبة لها فإنه يكون من المتعين إزاء ذلك اختصامها فى الطعن " .

(طعن رقم ٤٩٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٩)

٧- دعوى الصورية :

قضت محكمة النقض بأن :

(أ) إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس إلى المطعون عليهم الخمسة الأولين ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع فى مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذى انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره فإنه لكى يكون الطعن مقبولا فى هذه الحالة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشترين فى العقد المطعون فيه بالصورية ".

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)

(ب)- " إذا كان المشترى لم يختصم فى طعنه بطريق النقض البائع إليه فى العقد المحكوم بصوريته والذى كان مختصما فى مرحلتى التقاضى الابتدائية والاستئنافية فإن الطعن يكون غير مقبول شكلا ، ذلك أن البائع هو خصم أصيل فى الدعوى ولا يصح البت فى النزاع على صحة العقد الصادر منه فى غير مواجهته إذ لا يستقيم أن يكون العقد صحيحا بالنسبة لأحد عاقديه وباطلا بالنسبة إلى العاقد الآخر ".

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٣/١١)

(ج) إذ كانت الصورية المطلقة فى الدعوى غير قابلة للتجزئة فإنه يكون لمحكمة الموضوع أن تعول فى قضائها بها على قرائن تتعلق بشخص الطاعنة الثانية " خصم آخر " ولا عليها إن هى اعتمدت على الأوراق المقدمة منها، إلى الشهر العقارى أو على العلاقة بينها وبين البائع للتدليل على هذه الصورية " .

(طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٦)

٨- حق الانتفاع :

قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان المطعون عليهم العشرة الأولون قد رفعوا الدعوى على الطاعنات وباقى المطعون عليهم ، بطلب إنهاء حق الانتفاع على أرض الوقف ، وقضى الحكم المطعون فيه بهذا الطلب ، فإن موضوع الخصومة يكون غير قابل للتجزئة ، ويترتب على بطلان الحكم بالنسبة للقاصر – لعدم إخبار النيابة العامة بوجود قاصر فى الدعوى – بطلانه بالنسبة لباقى الخصوم ".

(طعن رقم ١٠١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/١١/٧)

٩-عقد الصلح :

قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن المحرر قد أعوزته المقومات التى تجعل من صلحه فى مفهوم المادة ٥٤٩ من القانون المدنى التى تقضى بأن يكون الاتفاق على الصلح بين الطرفين متضمنا نزول كل منهما على وجه التقابل عن بعض

حقوقه حسما للنزاع القائم بشأنها بينهما ، فإنه لا يجدى الطاعنة إزاء ذلك التحدى بحكم المادة ١/٥٥٧ من القانون المدنى التى تقضى بعدم تجزئة الصلح ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)

١٠- صحة السند أو تزويره :

قضت محكمة النقض بأن:

(أ)- " إذا كان النزاع يدور حول صحة سند أو تزويره فإن الحكم الصادر فى هذا النزاع يعتبر صادرا فى موضوع غير قابل للتجزئة فى معنى المادة ٣٨٤ من قانون المرافعات " .

(طعنان رقما ٣٢، ٣٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٤/٤)

(ب)- متى كان المدعى عليه بالتزوير قد نزل عن التمسك بالجزء من الورقة الذى اقتصر عليه الادعاء بالتزوير فإن المحكمة إذا قضت بإنهاء إجراءات الادعاء بالتزوير تكون قد التزمت حكم المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات ولم تخالفها إذ يكفى للحكم بإنهاء إجراءات الادعاء بالتزوير فى حالة اقتصاره على جزء من الورقة دون أجزائها الأخرى أن ينزل المدعى عليه بالتزوير عن التمسك بهذا الجزء الذى تناوله الادعاء مع بقائه متمسكا بباقى أجزاء الورقة التى لم يدع بتزويرها مادامت الورقة مما تقبل التجزئة ".

(طعن رقم ٤٢٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/٣٠)

١١- دعوى صحة التعاقد :

دعوى صحة التعاقد قد تكون قابلة للتجزئة ، وقد تكون غير قابلة للتجزئة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- طلب ورثة المشترى لعقار صحة ونفاذ البيع الذى عقده مورثهم لا يجعل موضوع الدعوى فى جميع الأحوال غير قابلة للتجزئة ، إذ مثل هذه الدعوى – التى يقصد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلا – يعتبر فى الأصل قابلا للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصة فى المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه . وإذن فمتى كان الواقع أن ورثة المشترى أقاموا دعواهم على ورثة البائع يطلبون الحكم بصحة ونفاذ البيع الصادر من مورث هؤلاء الأخيرين عن قطعة أرض فضاء ، ولما قضى برفض الدعوى استأنف بعض الورثة دون البعض الآخر الحكم . وكان الحكم الاستئنافى إذ قضى بقبول الاستئناف شكلا وإلغاء الحكم الابتدائى وصحة ونفاذ البيع استنادا إلى أن موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة ، لم يبين كيف توافر لديه الدليل على هذا ، فإنه يكون قد شابه قصور مبطل له فى قضائه بجميع الصفقة لمن استأنف الحكم من ورثة المشترى ، لأنه متى كان المبيع قطعة أرض فضاء ، فإنه

لايصح إطلاقا القول بأن الموضوع غير قابل للتجزئة دون بيان لسند هذا القول " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥١/٣/١)

(ب)- دعوى صحة التعاقد لا تعتبر من الدعاوى التى تقبل التجزئة إلا إذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد عاقديه ".

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٥)

(ج)- " موضوع دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أطيان زراعية رفعها المشترى ضد ورثة البائع هو مما يقبل التجزئة بطبيعته ذلك أنه قد يصح البيع بالنسبة لمن أقر به من الورثة ولا يصح بالنسبة لمن طعن منهم فيه ".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

(د)- " مؤدى نص المادتين ١١، ١٢ من قانون المرافعات السابق الذى يحكم واقعة الدعوى هو وجوب توجيه الإعلان ابتداء إلى الشخص فى موطنه ، وأنه لا يصح تسليم الصورة إلى الوكيل إلا إذا توجه المحضر إلى موطن المراد إعلانه ، وتبين له أنه غير موجود ، كما وأنه لا يجوز تسليمها فى الموطن المختار إلا فى الأحوال التى بينها القانون ، وأوجبت الفقرتان ١٠، ١١ من المادة ١٤ من قانون المرافعات السابق أن تسليم صورة الإعلان لمن كان

مقيما فى الخارج ، سواء كان موطنه معلوما أو غير معلوم للنيابة بالشروط والأوضاع المبينة فيهما ، فإذا لم يتم الإعلان على النحو المنصوص عنه في هذه المواد فإنه يكون باطلا . وإذ كان الطاعنان ، الأول والثانية قد تمسكا فى دفاعهما ببطلان إعلان الحكم الابتدائى ، وأغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الذى من شأنه لو صح أن يغير وجه الرأى فى الدعوى ، ثم رتب علي إعلان الحكم الابتدائى للطاعنين الأول والثانية فى محل إقامة المطعون عليها الثالثة سقوط حقهما فى الاستئناف ، وكان الموضوع غير قابل للتجزئة – دعوى صحة توقيع على اتفاق – فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور فى التسبيب بما يوجب نقضه ".

(طعن رقم ٥١٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١/٢٥)

(هـ) إذ كان الثابت أن مورث الطاعنين أنكر توقيعه على عقد البيع موضوع الدعوى ولما حكم ابتدائيا بصحته ونفاذه استأنف ذلك الحكم وتمسك بدفاعه السابق ثم انقطع سير الخصومة بوفاته وبعد أن استأنفت الدعوى سيرها دفع الطاعنان الأول والثانى ببطلان ذلك العقد لصدوره من مورثهما وهو فى حالة عته شائعة يعلمها المطعون عليه الأول– المشترى– ومن ثم فإن موضوع الدعوى على هذه الصورة يكون غير قابل للتجزئة لأنه يدور حول صحة العقد أو بطلانه ولا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد ، إذ لايتصور

أن يكون هذا التصرف باطلا بالنسبة لمن تمسك ببطلانه ويكون فى نفس الوقت صحيحا بالنسبة لمن ترك الخصومة فى الطعن ، لما يترتب على الترك فى هذه الحالة من صيرورة الحكم النهائى بصحة العقد باتا ".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥)

(و) " إذ كان الثابت أن مورثة المطعون عليهم أقامت دعواها بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر لها من المحجور عليه بينما أقام الطاعن بصفته قيما على المحجور عليه دعواه ببطلان عقد البيع المذكور لأن البائع لم يبرم العقد إلا لأن مورثة المطعون عليهم استغلت فيه طيشا بينا وهوى جامحا ولأن التصرف صدر منه وهو سفيه نتيجة الاستغلال والتواطؤ ، وقررت المحكمة ضم الدعوى الثانية إلى الأولى ليصدر فيهما حكم واحد للارتباط وقضت بإحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت القيم على المحجور عليه أن عقد البيع صدر نتيجة استغلال ثم حكمت بصحة ونفاذ العقد وبرفض دعوى البطلان فاستأنف الطاعن بصفته هذا الحكم ودفع المطعون عليهما الثانى والخامس باعتبار الاستئناف كأن لم يكن لأن الطاعن لم يعلنهما إعلانا صحيحا خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم كتاب المحكمة ولما كان موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لأنه يدور حول صحة البيع أو بطلانه

ولا يتصور أن يكون هذا التصرف صحيحا بالنسبة لمـــن اعتبـــر الاستئناف كأن لم يكن بالنسبة لهما من بين ورثة المشترية ، وأن يعتبر ذات التصرف باطلا بالنسبة للباقين مع أنهم جميعا ورثة وهم سواء فى المركز القانونى مادام قد اختصموا بهذه الصـــفة ، ولايحتمـــل الفصل فى الطعن على التصرف غير حل واحد . لما كان ذلك فإن اعتبار الاستئناف كأن لم يكن بالنسبة للمطعون عليهما الثانى والخامس يستتبع اعتباره كأن لم يكن بالنسبة لباقى المطعون عليهم ".

(طعن رقم ٦٩٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٧)

(ز) طلب صحة ونفاذ البيع لا يجعل موضـــوع الـــدعوى فـــى جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذ أن الطلب فى هذه الـــدعوى التى يقصد بها أن تكون دعوى استحقاق مآلا – يعتبر فى الأصـــل قابلا للتجزئة وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة بطبيعته أو لمفهوم قصد عاقديه ".

(طعن رقم ٤٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)

(ط) " إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين أقـــاموا الـــدعوى بطلب الحكم بصحة ونفـــاذ عقـــد البيـــع المـــؤرخ ١٩٦٨/٤/٢٩ المتضمن بيع مورث المطعون ضدهم لهم العقار المبين بصـــحيفة الدعوى ، وقد تضمن دفاع المطعون ضده الأول بطلان عقد البيـــع لصدوره من مورثه فى حالة عته شائعة يعلمها المشترون ، وكـــان

موضوع الدعوى على هذه الصورة غير قابل للتجزئة لأنه يـدور حول صحة العقد أو بطلانه ولا يحتمل الفصل فيه غير حل واحد ، ولا يتصور أن يكون هذا التصرف باطلا بالنسـبة لمـن تمسـك ببطلانه ويكون فى ذات الوقت صحيحا بالنسبة لمن يطعن عليه ".

(طعن رقم ٣١٩٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/١٧)

مــادة (٣٠١)

١- إذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كــل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢- وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين ، كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك .

الشـــرح

تعدد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام :

١٠٥- التزام كل مدين بوفاء الدين كاملا :

إن الأثر الجوهرى لعدم قابلية الالتزام للانقسام هــو وجــوب الوفاء به جملة واحدة ، فالالتزام غير القابل للانقسام لا يقبل الوفاء الجزئى.

فإذا تعدد المدينون فى التزام غير قابل للانقسام كان كل مــنهم ملزما بوفاء الدين كاملا . وبذلك تشتبه الآثار بين الالتــزام غيــر القابل للانقسام وبين الدين التضامنى .

ويبنى على ذلك بعض الآثار منها :

١- من حيث الإبراء :

إذا أبرأ الدائن أحد المدينين فى الالتزام غير القابل للانقســام ، جاز له أن يطالب أيا من المدينين الآخرين بالدين كله ولو لم يكــن

قد احتفظ عند إبرائه ذلك المدين بحقه في الرجوع على الآخرين بكل الدين لأن هذا التحفظ لا يكون ضروريا إلا حيث يكون الالتزام قابلا للانقسام ولو كان التزاما تضامنيا . وغاية الأمر أن الدائن يلزم في هذه الحالة بأن يدفع إلى المدين الذى يوفى ذلك الالتزام كاملا قيمة حصة المدين الذى أبرأه .

٢- من حيث التقادم :

إذا تقادم الدين بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فإن الالتزام ينقضى بالنسبة لجميع المدينين ، لأنه غير قابل للانقسام، فلايتصور انقضاؤه بالنسبة لبعضهم وبقاؤه بالنسبة للبعض الآخر[١].

ويسرى ذلك على انقطاع التقادم ووقفه .

كما يسرى ذلك على انقضاء الدين بالمقاصة واتحاد الذمة بالنسبة إلى أحد المدينين .

٣- من حيث توجيه اليمين الحاسمة :

إذا وجه الدائن اليمين الحاسمة إلى أحد المدينين فحلفها ، وكانت اليمين تتعلق بالدين ذاته ، فإن باقى المدينين يفيدون من ذلك لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى هذا الحكم . وإذا نكل المدين فإن نكوله يكون إقرارا لا يتعدى أثره إلى باقى المدينين.

---

(١) السنهورى ص ٣٣٩ - سمير عبد السيد تناغو ص ٢٨٨- وعكس ذلك سليمان مرقس ص ٣٩٢ .

وإذا وجه أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام اليمين إلى الدائن فحلف ، فإن توجيه اليمين لا يضر بالمدينين الآخـــرين لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا يقتضى أن يضر توجيه اليمين بالمدينين الآخرين ، وقد رأينا أن السبب فى التضامن يرجـــع إلـــى عدم قيام النيابة التبادلية فيما يضر . وإذا نكل الدائن انتفع بنكولـــه المدينون الآخرون ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضـــى ذلك ، لا لقيام نيابة تبادلية بين المدينين فيما ينفع كما هو الأمر فى التضامن [1].

٤- الإعذار :

إذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين فى الالتزام غير القابل للانقسام ، فإن هذا الإعذار لا يسرى فى حق باقى المدينين .

وإذا أعذر أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام الـــدائن ، استفاد سائر المدينين من الإعذار ، فإذا هلك محل الالتزام اســـتفاد منه سائر المدنين فيحملون الأخير تبعة الهلاك . وذلك ليس تأسيسا على نيابة تبادلية لا وجود لها بينهم ، بل كنتيجة لعدم قابلية الالتزام للانقسام[2].

---

(١) السنهورى ص ٣٤١ .
(٢) سليمان مرقس ص ٣٩٣ وعكس ذلك السنهورى ص ٣٤٠ .

٥- الصلح :

إذا تصالح الدائن مع أحد المدينين ، وتضمن الصلح إبراء الأخير من الدين ، أفاد منه باقى المدينين ، لأن الإبراء من الدين وهو غير قابل للتجزئة يتضمن إبراء ذمة المدينين الآخرين .

أما إذا تضمن الصلح زيادة الالتزام أو الإساءة إلى مركز المدين ، فإنه لا يسرى على باقى المدينين [١].

٦- الإقرار :

إذا أقر أحد المدينين فى التزام غير قابل للإنقسام ، فإن إقراره لا يتعدى أثره إلى غيره لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة لا تقتضى أن يسرى الإقرار فى حق المدينين الآخرين .

وإذا أقر الدائن لأحد المدينين ، وكان الإقرار متعلقا بالدين فإنه يسرى فى حق باقى المدينين .

٧- الحكم :

إذا صدر حكم على أحد المدينين فى التزام غير قابل للانقسام ، وكان الحكم مبنيا على أسباب ترجع إلى الدين ذاته ، فإن أثر الحكم يسرى فى حق المدينين الآخرين ، لأن طبيعة المحل غير القابل للتجزئة تقتضى ذلك [٢].

---

(١) السنهورى ص ٣٤٠ - وعكس ذلك سليمان مرقس ص ٣٩٣ .
(٢) السنهورى ص ٣٤١ .

١٠٦- رجوع المدين الموفى للدين على باقى المدينين :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وللمدين الذى وفى بالدين حق الرجوع على الباقين كل بقدر حصته إلا إذا تبين من الظروف غير ذلك " .

وعلى ذلك إذا وفى أحد المدينين بكل الدين كان له الرجوع على الباقين بما يزيد على حصته . وكذلك الحال إذا كان قد وفى ببعض الدين مادام القدر الذى وفى به يزيد على حصته . ومثل الوفاء فى ذلك التجديد الذى بعقده أحد المدينين مع الدائن فيترتب عليه انقضاء الدين بالنسبة لسائر المدينين دون أن يتحملوا بالدين الجديد ، والمقاصة التى تقع بين الدائن وأحد المدينين إذا تمسك بها هذا المدين عند مطالبة الدائن له ، أو تمسك بها الدائن عندما طالبه المدين بما له ، فانقضى بها الالتزام غير القابل للانقسام أو انقضى منه ما يزيد على حصة المدين فيه .

ويكون رجوع الموفى على بقية المدينين بأحد طريقين . إما بدعوى شخصية أى بدين شخصى مصدره الوكالة أو الفضالة كما قدمنا فى التضامن [1].

وإما بدعوى الدائن ، بوصف المدين الموفى قد حل محله نتيجة

---

(١) السنهورى ص ٣٤٣ .

لقيامه بالوفاء له (م١/٣٢٦) ، وهذه هى دعوى الحلول . وميزتها أنها تمكن المدين الموفى من الاستفادة من التأمينات التى كانت للدائن .

وقد يفضل المدين مع ذلك الرجوع بالدعوى الشخصية فى بعض الحالات . كما لو كانت دعوى الدائن قد سقطت بالتقادم ، فمدة تقادم تلك الدعوى تحسب من وقت أن أصبح حق الدائن مستحق الأداء وقد يكون حق الدائن مما يسقط بتقادم حولى ، فى حين أن مدة تقادم الدعوى الشخصية لا تبدأ إلا من وقت الوفاء . كما أن للرجوع بالدعوى الشخصية ميزته من حيث استحقاق الفوائد ، إذ تحتسب الفائدة القانونية للموفى ، بوصفه وكيلا أو فضوليا من يوم قيامه بالوفاء (م٧١٠ ، ١٩٥ مدنى) .

وسواء رجع الموفى بدعواه الشخصية ، أو بدعوى الدائن بماله له من حق الحلول ، فلا يحوز له أن يرجع على أى من الباقين إلا بقدر حصته فى الدين (م١/٢٩٧ مدنى) [1] .

غير أنه إذا كان المدين الموفى هو وحده صاحب المصلحة فى الدين، فلا يجوز فى هذه الحالة أن يرجع على أى من المدينين الآخرين .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤١- عبد المنعم البدراوى ص ٢٨٧ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم فينقسم الالتـزام ، وفقـاً للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعـاً فـى تحمل تبعة إعسار من يعسر من بينهم . وللمدين إذا طولب بالالتزام بأسره أمام القضاء ، أن يطلب أجلا لاختصام سائر المدينين، لا ليدرأ عن نفسه تبعة الوفاء بالالتزام كاملا، بل ليحصل على حكم بشأن حقه فى الرجوع على هؤلاء المدينين، ولو كان الدين بطبيعته لا يتيسـر الوفاء به إلا من هذا المدين . (أنظر المادة ١٢٢٥ مـن التقنـين الفرنسى ، والمادة ١٦٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى) ويكـون الرجوع فى هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية ، أو بمقتضـى دعوى الحلول ، كما هو الشأن فى التضامن "[١].

١٠٧- إعسار أحد المدينين :

إذا قام أحد المدينين فى التزام غير قابل للتجزئة بوفاء الدين إلى الدائن ، وعند رجوعه على باقى المدينين وجد أحدهم معسرا فـلا يتحمل وحده تبعة هذا الإعسار ، بل يشترك معه فى تحملها سـائر المدينين الموسرين كل منهم بقدر حصته فى الدين (م٢٩٨) .

فإذا فرضنا دينا قدره ٥٠٠ جنيه تضامن فيه (أ ، ب ، جـ) وكانت حصة (أ) ١٠٠ وحصة (ب) ١٠٠ وحصة (ج) ٣٠٠ ، ثـم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٤ .

وفى (أ) بالدين كله ، فإن له الرجوع على (ب) بمائة وعلـــى (ج) بثلاثمائة . فإذا كان (ب) معسرا ، فلم يحصل (أ) فى قسمة الغرماء إلا على ٦٠ جنيها ، فهو لا يتحمل الخسارة وحــده ، بـل تــوزع الأربعون جنيها الباقية بينه وبــين (ج) . فيتحمــل (أ) منهــا ١٠ جنيهات ويتحمل (ج) ٣٠ جنيها ، وبذلك يكــون مــن حــق (أ) أن يرجع على (ج) بمبلغ ٣٣٠ جنيها بدل من ٣٠٠[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم فينقسم الالتــزام ، وفقــا للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعــا فــى تحمل تبعة إعسار من يعسر من بينهم "[2].

١٠٨ـ تحـديد نصيب كل مـن المـدينين فـى الالتـزام غـير القابل للانقسام :

قد يعين الاتفاق نصيب كل من المدينين فى الالتزام غير القابل للانقسام كما قد يحدده القانون .

فإذا خلا الاتفاق أو نص القانون من هذا التحديد ، فإن الالتــزام ينقسم عليهم بحسب الرؤوس أى بأنصبة متساوية .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٤١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٤ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا لم يعين الاتفاق أو القانون نصيب كل من الدائنين أو المدينين المتعددين لم يبق إلا أن ينقسم الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبة متساوية ، وإذ خلا العقد- موضوع الدعوى- من تحديد نصيب كل من البائعين فى ثمن ما باعاه معا صفقة واحدة غير مجزأة ، فإنه يكون لكل بائع نصف ثمن المبيع " .

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٩)

٢- " من المقرر أنه إذا لم يتحقق فى الالتزام شرط التضامن أو شرط عدم القابلية للانقسام – فإنه يكون التزاما قابلا للانقسام على المدينين المتعددين كل بالقدر الذى يعينه القانون أو الاتفاق – فإذا لم يبين القانون أو الاتفاق نصيب كل من هؤلاء فإن الالتزام ينقسم عليهم بعدد رؤوسهم أى بأنصبة متساوية " .

(طعن رقم ٩٠٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٤)

١٠٩- الفرق بين عدم قابلية الالتزام للانقسام والتضامن :

أوضحت مذكرة المشروع التمهيدى هذا الفرق بقولها إنه :

" ومهما يكن من أمر ما بين عدم القابلية للانقسام والتضامن من أوجه الشبه فثمة فارقان يتمثل فيهما اختلاف هذين الوضعين :

(أ) فيراعى من ناحية أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أقوى إلزاما من التضامن ، باعتبار أن الالتزام الذى لا يقبل القسمة لا

ينقسم بين ورثة المدين. ولهذه العلة يجرى المتعاملون على اشتراط التزام المدينين التزاما تضامنياً غير قابل للانقسام ، اتقاء لتجزئة الدين بين الورثة فيما لو اقتصر الأمر على النص على التضامن فحسب . ولا يعرض مثل هذا الفرض فى الشريعة الإسلامية ، لأن الدين لا ينتقل من طريق الميراث ، فيكون بهذه المثابة غير قابل للانقسام ، ويستأدى بجملته من التركة .

(ب) ويراعى من ناحية أخرى أن عدم القابلية للانقسام قد تكون أضعف إلزاما عند قيامها على طبيعة المحل ، فهى تظل قائمة مادام هذا المحل عصياً على التجزئة بطبعه ، ولكن إذا اتفق أن استحال الالتزام إلى تعويض مالى ، زالت عدم قابلية الانقسام وانقسم مبلغ التعويض . أما المدينون المتضامنون ، فيظل كل منهم ، على نقيض ذلك ، ملزماً قبل الدائن بالدين بأسره ، ولو استحال الدين إلى تعويض مالى "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ١٠٥ .

مـــادة (٣٠٢)

١- إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام ، أو تعـــدد ورثة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالـــب بأداء الالتزام كاملا، فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثـــة علـــى ذلك، كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيـــداع الشئ محل الالتزام .

٢- ويرجع الدائنون على الدائن الذى استوفى الالتزام ، كـــل بقدر حصته .

الشـــرح

١١٠ـ المطالبة بالوفاء فى حالة تعـدد الـدائنين أو تعـدد ورثة الدائن فى التزام غير قابل للانقسام :

إذا تعدد الدائنون فى التزام غير قابل للانقسام أو تعـــدد ورثـــة الدائن فى هذا الالتزام ، جاز لكل دائن أو وارث أن يطالب المدين بالوفاء بكامل الدين، وأن للمدين أن يوفى الدين كله لأى منهم فتبرأ ذمته بهذا الوفاء قبلهم جميعا .

على أن انقضاء الدين بالنسبة للدائنين جميعا إذا قـــام المـــدين بوفائه لأى منهم **مشروط بألا يكون أحدهم قد اعترض علـــى هـــذا الوفاء** ، سواء كان دائنا أو وارثا ، وإلا فلا تبرأ ذمة المدين قبـــل باقى المدينين إلا بقدر حصة الدائن الذى تم الوفاء له .

ويكفى مجرد الاعتراض ، فلا يشترط اتخاذ إجراء رسمى. فإذا اعترض أحد الدائنين كان المدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو إيداع الشئ محل الالتزام إيداعا قانونيا .

ولا محل فى هذه الصورة من عدم قابلية الالتزام للانقسام لفكرة النيابة التبادلية وآثارها ، فلا تؤثر مطالبة أحد الدائنين فى حق الدائنين الآخرين ، إلا إذا كانت طبيعة عدم القابلية للانقسام تقتضى ذلك . فإذا أبرأ أحد الدائنين المدين أو قبل منه وفاء بمقابل لم يحل ذلك دون أن يطالب أى من الدائنين الآخرين بالدين بأكمله . أما إذا قام أحد الدائنين بقطع التقادم استفاد من ذلك سائر الدائنين لا بناء على فكرة النيابة التبادلية بل لأن الدين غير القابل للانقسام يكون تقادمه أيضا غير قابل للانقسام ، أى أنه إما أن يسقط بالتقادم بالنسبة إلى الدائنين كافة وإما أن لا يسقط بالنسبة إليهم جميعا ، إذ يستوى لدى المدين متى كان أحد الدائنين قد قطع التقادم أن يكون الدائن الذى يطالبه بالدين هو من قطع التقادم أو غيره[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " تواجه المادة ٤٢٦ حالة تعدد الدائنين ، وفى هذه الحالة ، يكون لكل دائن أن يستأدى كل الدين ، على غرار ما يقع فى

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٩٣ ومابعدها .

التضامن الإيجابى . ولا يجوز لأحد الدائنين أن يستقل بالإبراء من الدين أو بقبول الوفاء بمقابل ، وإلا بقى لسائر الدائنين حقهم فى الرجوع على المدين بكل الدين ، بعد استنزال حصة من صدر منه هذا القبول ، أو ذاك الإبراء . ويرجع الدائنون على من يستوفى الالتزام من بينهم كل بقدر حصته ، كما هو الشأن فى التضامن الإيجابى "(١).

٢- ويتمثل اختلاف عدم القابلية للانقسام عن التضامن فى هذا الفرض فى الفارقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما :

(أ) فلكل وارث من ورثة الدائن أن يطالب بالدين بأسره ، ويسرى هذا الحكم فى الشريعة الإسلامية حيث ينتقل الحق من طريق الميراث .

(ب) ويصبح الدين قابلا للانقسام متى استحال إلى تعويض نقدى . ويراعى أنه عند تعدد المدينين والدائنين قد يتصور التضامن سلبيا أو إيجابيا ، أما عدم الانقسام الناشئ عن طبيعة المحل فلا يتصور إلا من الناحيتين معا .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى قاعدة " أن لا تركة إلا بعد سداد الدين " أن تركة المدين تنشغل بمجرد الوفاة بحق عينى لدائنى المتوفى يخول لهم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٧ .

تتبعها واستيفاء ديونهم منها تحت يد أى وارث أو من يكون الوارث قد تصرف إليهم مادام أن الدين قائم دون أن يكون لهذا الوارث حق الدفع بانقسام الدين على الورثة .أما إذا كان الدين قد انفضى بالنسبة إلى أحد الورثة بالتقادم- إذا ما طالبه الدائن قضائيا - أن يدفع بانقضاء الدين بالنسبة إليه . كما لاتمنع المطالبة بالدين من تركة المدين المورث من سريان التقادم بالنسبة إلى بعض ورثة المدين دون البعض الآخر الذى انقطع التقادم بالنسبة إليهم متى كان محل الالتزام بطبيعته قابلا للانقسام ".

(طعن رقم ٤٩٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٦/٧)

٢-." لما كان وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية هو سبب شخصى متعلق به فلا يتعداه إلى غيره من كاملى الأهلية الذين يسرى التقادم فى حقهم مادام أن محل الالتزام قابل للانقسام ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم أن من بين الورثة المطعون ضدهم من كان قاصرا ومنهم من كان بالغا رشيدا ، وكان موضوع الدعوى تثبيت ملكيتهم لقطعة أرض على الشيوع فإن الطلب بطبيعته قابل للانقسام والتجزئة ، ومن ثم فإن التقادم المكسب الطويل لا يقف إلا بالنسبة للقاصر منهم ويستمر ساريا بالنسبة للبالغ ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وحجب نفسه عن تحقيق دفاع الطاعنين بتملكهم أرض النزاع بوضع يدهم عليها المدة

الطويلة المكسبة للملكية بمقولة إن التقادم بالنسبة لجميعهم يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ٢٧٥ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٣- " متى كان موضوع التداعى التزاما غير قابل للانقسام كما هو الشأن فى طلب بطلان عقد هبة لعدم استيفائه الشكل الرسمى فإنه- طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣٠٢ من القانون المدنى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إذا تعدد الدائنون أو تعدد ورثة الدائن جاز لكل منهم أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ومؤدى هذا أن الطاعنين وهم ورثة للدائن أى من له التمسك ببطلان إلزامه بالعقد باعتباره هبة لم تتخذ الشكل الرسمى أن يتمسكوا بهذا البطلان مجتمعين أو منفردين وينبنى على هذا أن بطلان الطعن من واحد أو أكثر منهم لا يحول دون قيامه متى صح بالنسبة لطاعن آخر أو أكثر منهم إذ كان ذلك فلامحل لما يثيره الحاضر عن المطعون ضدها من بطلان الطعن برمته لبطلانه بالنسبة لبعض الطاعنين ويكون غير منتج البحث فى بطلانه بالنسبة لبعض الطاعنين لعدم ايداع المحامى توكيله عنهم عند تقديم صحيفة الطعن أو لصدور التوكيل له بعد ذلك طالما يكفى الطعن ممن صح الطعن منه ".

(طعن رقم ٨٤٣ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٣/٢٩)

١١١ـ رجوع المدين الموفى على باقى المدينين :

للمدين الذى وفى بالدين إلى الدائن حق الرجوع على باقى المدينين كل بقدر حصته .

والأصل أن حصصهم متساوية إلا إذا حددت فى الاتفاق أو فى نص القانون نسبة أخرى لكل منهم .

وإذا كان أحد المدينين معسرا تحمل باقى المدينين تبعة إعساره.

ويكون الرجوع فى هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية أو بمقتضى دعوى الحلول كما هو الشأن فى التضامن وبالتفصيل الذى سبق ذكره .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" أما بالنسبة لعلاقة المدينين فيما بينهم فيقسم الالتزام ، وفقا للقواعد التى تقدم ذكرها بصدد التضامن ، ويشتركون جميعا فى تحمل تبعة إعسار من يعسر من بينهم ... ويكون الرجوع فى هذه الحالة بمقتضى الدعوى الشخصية ، أو بمقتضى دعوى الحلول ، كما هو الشأن فى التضامن "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٤ .

الالتزام المشترك بكل الدين

١١٢ـ تعريف :

فى الالتزام المشترك بكل الدين يوجد عدة مدينين ملزمين بشئ واحد قبل دائن واحد دون أن يكون بينهم تضامن ودون أن يكـــون الدين غير قابل للانقسام .

ومثال ذلك الالتزام بالنفقة الذى يقع على عدة أقارب من درجة واحدة ، فإن كلا من هؤلاء الأقارب يكون ملزما بكل النفقة اللازمة لقريبه المعسر ويجوز للأخير أن يطالب أيهم بالنفقة كاملة .

ومن هذا القبيل أيضا ما تنص عليه المادة ٧٩٢ فى باب الكفالة من أنه إذا تعدد الكفلاء لدين واحد وكانوا غير متضامنين فيما بينهم وكان التزامهم بعقود متوالية ، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم ، إذ أن مؤدى ذلك أن التزام الكفلاء فى هذه الحالة لا يكون تضامنيا لعدم الاتفاق على التضامن ولا يكون غير قابل للانقسام لا بسبب طبيعته ولا بسبب اتفاق الطرفين . ولكن القانون نص مع ذلك على أن يكون كل مـــن الكفلاء مسئولا عن الدين كله .

ويبين من هذا التعريف أن الالتزام المشترك بكل الدين يتميـــز بما يأتى :

١- وحدة المحل مع قابليته للتجزئة بطبيعته وعدم الاتفاق على عده غير قابل للانقسام .

٢- تعدد المدينين والتزام كل منهم بالدين كله .

٣- انعدام التضامن بين المدينين[١] .

١١٣- حكم الالتزام المشترك بكل الدين :

يترتب على الالتزام المشترك بكل الدين ما يأتى :

١- أنه يجوز للدائن مطالبة أى من المدينين بالدين كله [٢].

٢- أنه يجوز لأى مدين وفاء الدين كله على أن يرجع على الباقين كل منهم بنصيبه حتى لا يثرى غير الموفى على حساب الموفى . ويكون رجوعه إما بدعوى الحلول وفقا للمادة ٣٢٦ فقرة (أ) وإما بدعوى الفضالة .

٣- ألا يكون بين المدينين تضامن ولا تحدث بينهم الآثار التى تترتب فيما بين المدينين المتضامنين على النيابة التبادلية .

٤- أن يكون الدين قابلا للانقسام بين ورثة كل واحد من المدينين بحيث يقتصر التزام كل وارث على قدر نصيبه من الدين ولا يسأل عن نصيب من يعرفهم .

٥- أنه إذا وجهت المطالبة لأحد المدينين جاز له أن يدفع الدعوى بطلب التقسيم ويقضى له به ولكن على أن يبقى مسئولا عن نصيبه فى حصة من يعسر من المدينين الآخرين [٣].

---

(١) سليمان مرقس ص ٣٩٥ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٩٦ – وعكس ذلك السنهورى ص ٣٥٥ .

(٣) سليمان مرقس ص ٣٩٦ ومابعدها .

(الباب الرابع)
انتقال الالتزام
انفصل الأول
حوالة الحق
مادة (٣٠٣)

يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين .

الشرح

١١٤ـ المقصود بانتقال الالتزام :

المقصود بانتقال الالتزام أن يحل شخص جديد محل الدائن ، وذلك هو الانتقال الإيجابى أو محل المدين وهذا هو الانتقال السلبى والجوهرى في الحالتين أن الالتزام ذاته يظل كما هو رغم تغير أحد طرفيه ، أى مع المحافظة على الالتزام بجميع صفاته ومميزاته وتوابعه ، بحيث يخلف الدائن الجديد الدائن الأصلى فى الحق ذاته الذى كان له أو يحل المدين الجديد محل المدين الأصلى فى التزامه بالدين ذاته مع إخلاء ذمة الأخير منه .

وانتقال الالتزام إما أن يكون بسبب الوفاه ، وإما أن يتم حال الحياة .

فإذا توفى الدائن انتقل حقه إلى ورثته ، وإذا توفى المدين انتقل الدين إلى الورثة مع تحديد مسئوليتهم عنه بأموال التركة .

أما انتقال الالتزام حال الحياة ، فيجوز أن يكون إيجابيا أو سلبيا. والانتقال الإيجابى يتم بأحد طريقين : حوالة الحـق والوفـاء مـع الحلول أما الانتقال السلبى فيتم عن طريق حوالة الدين .

١١٥ـ تعريف حوالة الحق :

حوالة الحق عقد بمقتضاه ينقل دائن حقه قبل المدين إلى شخص من الغير يصبح دائنا مكانه . فيكون الـدائن الأصـلى محـيلا ، والدائن الجديد محالا له ، والمدين محالا عليه [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حوالة الحق- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمـة- هـى اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حـق الأول فـى ذمـة المحال عليه إلى الثانى ، وهى لا تنشئ التزاما جديـدا فـى ذمـة المدين وإنما هى تنقل الالتزام الثابت أصلا فى الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه " .

(طعن رقم ٧٨٦٧ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٦)

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٥٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٩ .

١١٦ـ الحوالة تتم بغير رضاء المدين :

طرفا عقد الحوالة هما المحيل والمحال له ، وتقوم بتراضيهما دون حاجة إلى رضاء المدين الذى ليس طرفا فيها . وقد نصت المادة صراحة على ذلك بقولها : " تتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين " . فالحوالة على هذا الوجه عقد رضائى طرفاه المحيل والمحال له[١] .

والحكمة فى ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن آخر [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " تقضى المادة ٣٠٣ من القانون المدنى بأن الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين ، مما مفاده وعلى ما ورد فى مذكرة المشروع التمهيدى ، أن المشرع اختار المبدأ الذى سارت عليه التشريعات الحديثة التى تجيز أن يظل المدين بالحق المحال به بمعزل عن تعاقد المحيل والمحال له مراعية فى ذلك أن المدين يستوى لديه استبدال دائن بدائن آخر ، وبالتالى فإن الحق به ينتقل

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٤ – وقد أخذ التقنين الجديد فى ذلك بحكم التقنين المختلط دون حكم التقنين الوطنى الذى كان يستلزم لانتقال الحق رضاء المدين أو المحال عليه .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١٣.

بمجرد انعقاد الحوالة دون حاجة إلى نفاذها فى حق المدين المحال عليه " .

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

٢- " البين من مدونات الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق أن الشركة الطاعنة وهى شركة تأمين وأقامت الدعوى بطلب إلزام المطعون ضدها بصفتها مسئولة عن الضرر المؤمن منه بما دفعته للشركة المستأمنة وأسندت فى مطالبتها إلى حوالة حقوق الشركة الأخيرة لها قبل الطاعنة على سند استلامها مبلغ التعويض المستحق منها ، وإذ كان المقرر- فى قضاء هذه المحكمة - أن حوالة الحق لا تستوجب رضاء المدين ويترتب عليها انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد العقد " .

(طعن رقم ٩٨٣٧ لسنة ٦٥ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٣)

١١٧- تمييز الحوالة عما قد يشتبه بها :

١- تمييز الحوالة عن تجديد الدين بتغيير الدائن :

من السهل أن نفرق بين الحوالة وتجديد الدين بتغيير الدائن . لأن التجديد يترتب عليه أن ينقضى الالتزام الأصلى وأن ينشأ مكانه التزام جديد . ومقتضى هذا أن تنقضى التأمينات التى تضمن الالتزام الأصلى والدفوع التى ترد عليه ، ولاتنتقل تلك التأمينات

لكفالة الالتزام الجديد إلا بنص القانون استثناء أوالاتفاق . بينما فى حوالة الحق ينتقل الحق إلى المحال له بماله من تأمينات وما عليه من دفوع . وإلى جانب هذا توجد فروق أخرى تتعلق بضرورة تدخل المدين وشروط النفاذ والالتزام بالضمان . كما سنرى فى موضعه من الموسوعة .

٢- تمييز الحوالة عن الوفاء مع الحلول :

التفرقة بين الحوالة والوفاء مع الحلول تبدو دقيقة بسبب أن الدائن الجديد فى كلا النظامين يحل محل الدائن القديم فى نفس الدين بتأميناته ودفوعه . غير أن النظامين مع ذلك يختلفان فى جوهرهما . فالوفاء مع الحلول عملية وفاء ، بينما حوالة الحق عملية مضاربة غالبا . وهذا الاختلاف فى طبيعة العمليتين يترتب عليه أن الدائن الجديد فى الوفاء مع الحلول لا يكون له أن يستوفى من المدين إلا بقدر ما أدى للدائن القديم ، بينما يكون له فى الحوالة أن يأخذ من المدين القيمة الاسمية للحق حتى لو كان قد دفع للمحيل أقل من هذه القيمة . كما أن هناك فروقا أخرى تتعلق بالانعقاد والنفاذ والالتزام بالضمان وغير ذلك مما سنعرض له عند الكلام فى الوفاء مع الحلول[١] .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٥٥٠ .

١١٨ـ أغراض الحوالة :

تتخذ الحوالة لأغراض شتى ومن ذلك ما يأتى :

١- قد تكون الحوالة بيعا وهو الغالب ، فتتم فى مقابل مبلغ من النقود . وتطبق فى هذه الحالة أحكام البيع . وفى العمل يلجأ الدائن إلى بيع حقه إذا كان فى حاجة إلى نقود وكان حقه قبل مدينه لم يحل أجل الوفاء به . أو إذا كان المدين مماطلا وأراد الدائن تجنب إجراءات المطالبة بما تسببه من متاعب .

أما المحال له ، فيستفيد من الحوالة ، إذ تكون له الفوائد التى يغلها الدين لحين وفاء المدين به ، وقد يكون الثمن الذى التزم بدفعه للدائن المحيل أقل من قيمة الحق الذى انتقل إليه ، ويغلب ذلك فى حالة ما إذا كان المدين مماطلا تقتضى مطالبته إجراءات طويلة .

٢- قد تكون الحوالة وفاء بمقابل فلا يكون العوض الذى يحصل عليه المحيل ثمنا نقديا وإنما قضاء دين عليه للمحال له . فإذا كان (أ) دائنا لـ (ب) وكان (أ) مدينا لـ(ج) فقد يتفق (أ) مع (ج) على أن يكون الوفاء بدينه عن طريق حوالة حقه قبل (ب) فتكون الحوالة فى هذه الحالة سببا لانقضاء دين المحيل قبل المحال له . وتطبق هنا على الحوالة أحكام الوفاء بمقابل [1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٥٦ - عبد المنعم البدراوى ص ٥١ .

٣- قد تكون الحوالة مجانا دون مقابل ، وفى هذه الحالة تكون الحوالة هبة مباشرة محلها حق الدائن الشخصى ، ويجب أن يتوافر فيها أركان الهبة الموضوعية والشكلية وبصفة خاصة يجب أن تفرغ فى محرر رسمى . أما الحوالة فى مقابل عوض فهى اتفاق رضائى ، لا يتطلب شكلا خاصا [١].

٤- يجوز أن تكون الحوالة لا بقصد نقل الحق بل بقصد رهنه تأمينا لحق فى ذمة المحيل للمحال له .

ونية المتعاقدين هى الأساس فى تبين الغرض من الحوالة يتبينها قاضى الموضوع من شروط التعاقد وظروفه[٢] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فحص مستندات الدعوى لاستنتاج ما يمكن استنتاجه عقلا من وقائعها . وإذن فلا مراقبة لمحكمة النقض على الحكم الذى يصدره- بناء على ما يستخلصه هو من المستندات المقدمة فى الدعوى - بأن الحوالة المدعى بها غير قائمة وأنه لايجوز أن يترتب عليها أثر قانونى " .

(طعن رقم ٧ لسنة ١ ق جلسة ١٩٣١/١١/١٩)

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٦٠ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى . مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٠٩ - عبد المنعم البدراوى ص ٥١ .

١١٩ـ ورود الحوالة على الأحكام القضائية :
وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " حكم لزيد بدين له على بكر ، فحول هذا الحكم إلى خالد ، وكان خالد مدينا لبكر بمبلغ محكوم به نهائيا ، فأعلن بكر خالدا بتنبيه نزع ملكية ، فعارض فيه خالد بناء على أنه أصبح دائنا لبكر بموجب التحويل الصادر إليه من زيد ، وطلب المقاصة بمقدار دينه فحكم برفض المعارضة . ثم حول خالد الحكم إلى صاحبه زيد ليقوم بتنفيذه باسمه . وفى نفس الوقت أقر زيد فى ورقة مستقلة بأن التحويل صورى الغرض منه التنفيذ باسم زيد على المبالغ المستحقة لبكر . فهذه الورقة لا يصح أن يتعدى أثرها إلى غير الطرفين فيها وهمازيد وخالد، فلا يجوز الاعتداد بها فى حق بكر وإلا لعد قابلا- على الرغم منه – حوالة الحكم الصادر ضده لمصلحة زيد إلى خالد، وهذا يخالف حكم المادة ٣٤٩ من القانون المدنى . ومتى كانت هذه الورقة لا حجية لها قبل بكر، فإن خالدا يكون فى مركزه الأول محتالا بحوالة باطلة غير جائز له الاستناد إليها فى علاقته القانونية مع بكر ولا يبقى له غير مركزه الجديد كمحجوز لديه ، وإذن فالحكم الذى يأخذ بهذه الورقة بالنسبة لبكر ويأمر بالمقاصة بناء عليها يكون خاطئا متعينا نقضه ".

(طعن رقم ٨٢ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/٤/٢٥)

٢-(أ)- " إن الأحكام بذاتها لا تنشئ حقوقا جديدة للخصوم بل هى تثبت لهم حقوقهم الناشئة من قبل ، وتلزم المنازع فيها باحترامها ونفاذها . فإذا كانت تلك الحقوق قابلة للحوالة برضاء المدين بها وقت نشوئها فإن الأحكام الصادرة بإقرارها ونفاذها تكون أيضا قابلة للحوالة بدون حاجة إلى رضاء جديد من المدين . وعلى أن قبول المدين تحويل سند الدين ليس معناه فى الواقع قبول تحويل الورقة فى ذاتها بل معناه تحويل الحقوق الثابتة بموجبها ، وهذه الحوالة تنسحب بطبيعة الحال على الأحكام الملزمة بنفاذ تلك الحقوق ".

(ب)- " إن البحث فيما إذا كان رضاء المدين بحوالة الدين ينسحب على الحكم الصادر به أولا ينسحب هى مسألة فى صميم القانون ، فلمحكمة النقض أن تتصدى لها مهما كان تقدير محكمة الموضوع فيها على أساس تفسيرها شرط قبول الحوالة ".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

١٢٠ـ الأحكام التى تسرى على الحوالة :

يجب لانعقاد حوالة الحق أن تتوافر لها الأركان التى تتطلبها القواعد العامة لانعقاد العقود وهى التراضى والمحل السبب ، ومحل الحوالة هو الحق الذى يراد نقله إلى المحال له ، فإذا كان هذا الحق قد انقضى فإن الحوالة لا تنعقد .

ويجب لصحة الحوالة أن تتوافر الأهلية لـــدى طرفيهـــا ، وأن تكون إرادة كل منهما سليمة خالية من العيوب .

وقد قضت محكمة النقض بأن

" لا تنعقد الحوالة إذا كان الحق المحال به قد زال عن المحيـــل قبل الحوالة . فإذا كان الثابت من تقريرات الحكم المطعون فيـــه أن الناقلة الأولى بعد أن استصدرت أذون التسليم من الناقـــل الثـــانى تقدمت إليه بطلب لتسليم البضاعة إليها طبقا لنظام تسليم صـــاحبه ، وأعفته على ما هو مدون بالطلب المذكور من كل مسئولية تترتـــب على هذا التسليم بما فى ذلك المسئولية عن العجز فى البضـــاعة أو فقد الطرود بما يعتبر نزولا منها عن الحقوق الثابتة لهـــا بموجـــب أذون التسليم فإن حوالة هذه الأذون منها إلى المرسل إليها بعد ذلك لا تصادف محلا تنعقد به الحوالة ولا تنشأ عنها علاقة مباشرة بين المرسل إليها وبين الناقل الثانى الذى أصدر أذون التسليم المشـــار إليها ".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٣)

وينطبق على الحوالة الأحكام الخاصة بالغرض التـــى تتخـــذه الحوالة كأحكام البيع أو الهبة .

على أن هناك قواعد عامة تطبق على الحوالة أيا كان الغـــرض المقصود منها

وهى التى نص عليها التقنين المدنى فى هذا الفصل[١].

١٢١ـ الحقوق التى ترد عليها الحوالة :

القاعدة أن الحوالة ترد على جميع الحقوق الشخصية أيا كان محلها ، وإن كان الغالب أن ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود إلا أنه يجوز أن ترد على أشياء مثلية غير النقود .

بل ويجوز أن يكون محل الحق عينا معينة بالذات بشرط أن يكون الحق شخصيا لا عينيا . مثل الوعد ببيع دار ، يجعل للموعود له حقا شخصيا قبل الواعد متعلقا بهذه الدار ، فيجوز للموعود له أن ينزل عن هذا الحق لشخص آخر [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت فى الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض الواردة بالاتفاق المؤرخ ... وبالسعر المحدد به ، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر ، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع من جانب الشركة والشراء من جانب ..

(١) وكان التقنين المدنى الجديد يعالج حوالة الحق فى باب البيع سائرا فى هذا على نهج القانون الفرنسى وآخذا بالصورة الغالبة للحوالة .
وكان ذلك محل نقد من الفقه . وقد تأثر القانون الجديد بهذا النقد فسلك الطريق الصحيح بأن جعل أحكام الحوالة فى نطاق نظرية الالتزام فوضعها فى الباب الرابع من كتاب الالتزامات (م٣٠٣- ٣١٤مدنى).

(٢) السنهورى ص ٣٩٠ .

هو بيع تام ملزم للطرفين ، تترتب عليه كل الآثار التى تترتب على البيع ، ولا يؤثر عليه إرجاء التحديد النهائى لمساحة المبيـــع ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المؤرخ ... عقد بيع كامل الأركان ، ورتب على تنازل المشترى عن حقوقه فى هذا العقد إلى الطاعنين ، وقبولهما الحلول فيه ، ثم قبول الشركة المطعون عليها انتقال حقوق والتزامات المشترى الأول إليهما اعتبارهما مشـــتريين فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٤١٧ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥)

وقد يكون محل الحق المحال به عملا أو امتناعا عــن عمــل ، كحق المستأجر فى تمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة ولا يشـــترط لجواز الحوالة أن يكون الحق من طبيعة معينة أو يكون ذا وصـــف معين، فجميع الحقوق الشخصية تقبل الحوالة ، سواء أكانت مدينـــة أو تجارية ، وسواء أكانت منجزة أو موصوفة .

ويستوى فى هذا المعنى أيضا أن يكون الحق حاضرا أو متوقع الحصول فى المستقبل . ومثل هذا الأخير أن يحول شـــخص إلـــى آخر إيراد عقار مستقبل ولكن يشترط لإمكان تحويل هذا الحـــق أن يكون قد اكتمل كل عناصر تكوينه . فالمقاول الذى يتعاقد مـــع رب العمل يمكنه أن يحول حقه قبل هذا الأخير ولو قبل البدء فى البناء ، ولكن لا يمكنه ذلك قبل التعاقد لأنه حينئذ لايكون هناك حـــق تـــرد

عليه الحوالة . والمؤلف الذى يتعاقد مع ناشر كى ينشر له كتابا فى مقابل مبلغ معين لايكون له أن يحول ما قد يحصل عليه من مقابل لأنه ليس هناك حق يجوز تحويله[١] .

والحق الشخصى قابل للحوالة حتى لو كان متنازعا فيه [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل طبقا لما تقضى به المادة ٣٠٣ من القانون إن الحق الشخصى أيا كان محله قابل للحوالة إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، يستوى فى ذلك أن يكون الحق منجزا أو معلقا على شرط أو مقترنا بأجل أو أن يكون حقا مستقبلا ".

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

٢- " إذ كان الثابت أن الطاعنة – وهى شركة تأمين- أقامت هذه الدعوى طالبة إلزام المطعون عليها الأولى- بوصفها مسئولة عن الضرر المؤمن منه بما دفعته الشركة المستأمنة ، واستندت فى مطالبتها إلى شرط الحلول الوارد فى وثيقة التأمين ، وإذ كان هذا الشرط فى حقيقته حوالة حق احتمالى مشروطة بتحقق الخطر المؤمن منه ، فإنه يكون خاضعا لأحكام حوالة الحق فى القانون

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٥٣ ومابعدها

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٢٩٥

المدنى وهى لا تستوجب لانعقاد الحوالة رضاء المدين وترتب عليها- بالنسبة للحقوق الشخصية - انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد العقد . ولما كانت الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين قد تمت باتفاق طرفيها عليها ، وكان الخطر المؤمن منه هو حصول عجز وتلف وعوار فى الرسالة المؤمن عليها قد وقع فعلا ، فقد زال عن الحق المحال صفته الاحتمالية وأضحى وجوده محققا وانتقل من ثم إلى شركة التأمين الطاعنة وإذ كان مؤدى ما سلف أن الحق فى الرجوع على المسئول عن الضرر قد انتقل إلى الطاعنة بمقتضى الحوالة الثابتة فى وثيقة التأمين وكان انتقال هذا الحق - على ما سلف القول - غير معلق على الوفاء بالتعويض فإن الدعوى تكون قد أقيمت من ذى صفة ، ويكون الحكم المطعون فيه وقد خالف هذا النظر وانتهى إلى أن الطاعنة حين رفعت دعواها لم يكن لها ثمة حق فى رفعها بسبب وفائها اللاحق بالتعويض ، يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

(طعن رقم ٢٨٨ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/١٢)

١٢٢ـ الحالات التى لا تجوز فيها الحوالة :

تنص المادة على أنه : " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر . **إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام** ... الخ " .

وعلى ذلك فإن الحوالة لا تجوز فى الحالات الآتية :

١- أن يحول نص القانون دون الحوالة :

فالقانون لايجيز حوالة بعض الحقوق إما لاتصالها الوثيق بشخص صاحبها أو لطابعها الاجتماعى أو الإنسانى والمثل البارز على ذلك كل الحقوق التى لايجوز الحجز عليها ، فقد نصت المادة ٣٠٤ مدنى على أنه : " لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز ".

ومن ذلك ما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها فى غرض معين والأموال الموهوبة والموصى بها لتكون نفقة إلا بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة (م٣٠٧ مرافعات) .

والأجور والمرتبات إلا بمقدار الربع (م٣٠٩ مرافعات) .

ومن ذلك نزول المستعير عن استعمال العارية إلى غيره دون موافقة المعير ولو على سبيل التبرع (م٦٣٩ مدنى) .

والواقع أنه لو جازت الحوالة على ما يجوز الحجز عليه من هذه لأمكن التحايل على عدم جواز الحجز عليها ، إذ يكفى أن يحيل صاحب الحق حقه إلى دائنيه فيغنيه هذا عن الحجز [١].

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٢٩٦

٢- أن يمنع الاتفاق الحوالة :

قد يوجد اتفاق بين الدائن والمدين على منع حوالة الحق ، فبعد أن جعل التقنين المدنى الجديد حوالة الحق جائزة بغير رضاء المدين ، أصبح للمدين إذا كان لا يريد الحوالة دون رضائه ، أن يشترط على الدائن منذ البداية فى العقد المنشئ للحق عدم جواز حوالة هذا الحق . وهذا الشرط جائز ومعتبر لأن قابلية الحق للحوالة ليست من النظام العام .

ومثل ذلك ما تشترطه الهيئة القومية للسكك الحديدية على المسافرين من عدم جواز بيع الاشتراكات .

أو اشتراط المؤجر على المستأجر عدم جواز التنازل عن الإيجار للغير .

٣- أن تمنع طبيعة الالتزام الحوالة :

قد يكون منع الحوالة راجعا إلى طبيعة الالتزام ذاته بغير حاجة إلى اتفاق خاص، وذلك هو الحال فى الالتزامات التى يكون لشخص الدائن فيها اعتبار خاص ، من ذلك أن يكون الالتزام بالقيام بنفقات تعليم شخص معين [١]. وكحق الشريك فى شركات الأشخاص[٢] . أو حق مدير لإحدى الشركات فى تعاقد مع آخر للعمل لديه سكرتير خاص، لأن شخصيته محل اعتبار فى العقد[٣] .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٥٨ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٤ .

(٣) عبد المنعم البدراوى ص ٥٤.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- والأصل فى الحوالة أن ترد على جميع الحقوق أيا كان محلها ، وإذا كان الغالب فيها أن ترد على حق اقتضاء مبلغ من النقود ، فليس ثمة ما يحول دون ورودها على حق استيفاء عمل من الأعمال (التزام بعمل) كاستيفاء منفعة العين المؤجرة ، بمقتضى حق المستأجر قبل المؤجر ، فمثل هذا الحق ينتقل بطريق حوالة الإجارة ، ولا تختلف الحقوق كذلك من حيث صلاحيتها للحوالة ، باختلاف أوصافها أو طبائعها ، فالحقوق المؤجلة ، والمعلقة ، والحقوق المدنية والتجارية تعتبر من هذه الناحية بمنزلة سواء.

وإذا كان الأصل فى الحقوق جواز الحوالة ، إلا أن هذا الأصل لايجرى على إطلاقه، بل ترد عليه استثناءات ثلاثة: فقد يتفق الدائن والمدين على عدم جواز الحوالة(المادة ٤٢٧) فيتقيد الدائن باتفاقه هذا . وقد تمتنع الحوالة ، دون حاجة إلى اتفاق خاص ، إذا كان الحق نافيا بطبعه لفكرة إبدال الدائن كما هو الشأن فى الالتزامات التى يكون فيها لشخصية المتعاقد الاعتبار الأول . وقد يقضى القانون كذلك بمنع الحوالة (المادة ٤٢٧) ، كما هى الحال فى الحقوق غير القابلة للحجز (المادة ٤٢٩) فحيث لا يكون الحق قابلا للحجز يمتنع التصرف فيه . وغنى عن البيان أن الحق الذى يكون غير قابل للحجز فى شق منه فحسب لا تمتنع حوالته إلا فى حدود هذا الشق (المادة ٤٢٩) [1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١٣ ومابعدها .

مــادة (٣٠٤)

لا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلا للحجز .

الشــرح

١٢٣- لاتجوز الحوالة فى الحق إلا بمقدار ما يكـون منـه قابلا للحجز .

إذا كان الحق غير قابل للحجز فإنه لا تجوز حوالته ، وإذا كان قابلا للحجز بمقدار معين ، فلا تجوز حوالته إلا فــى حــدود هــذا المقدار .

والسبب فى ذلك أن لو جاوزت الحوالة المقدار التــى يجــوز الحجز عليه لأمكن التحايل على عدم جواز الحجز عليه ، إذ يكفــى أن يحيل صاحب الحق حقه إلى دائنيه فيغنيه هذا عن الحجز .

مـــادة (٣٠٥)

لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغيـــر إلا إذا قبلهـــا المدين أو أعلن بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبـــول المـــدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ .

الشـــرح

١٢٤ـ نفاذ الحوالة قبل المدين :

المقصود بنفاذ الحوالة قبل المدين إمكان الاحتجاج بهـــا عليـــه، بحيث يصير المدين ملزما بالامتناع عن الوفاء للمحيـــل وبالوفـــاء للمحال إليه ، ويعتبر الحق قد خرج من ذمة المحيل خروجا يمنـــع دائنيه من التنفيذ عليه ، ويحول دون إمكان المحيل التصرف فـــى هذا الحق مرة أخرى تصرفا يضر بالمحال إليه .

وقد اشترط القانون لذلك توافر أحد أمرين :

الأول : أن يقبل المدين الحوالة .

الثانى : أن يعلن المدين بالحوالة وهو ما نعرض له فيما يلى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "مناط نفاذ حوالة عقد الإيجار فى حق المستأجر والتزامه بدفع الأجرة للمحال إليه هو إعلانه بالحوالة أو بقبولها أو بقيامه بســـداد الأجرة لامحال له فإذا ما نفذت الحوالة فى حقه ، فإن ذمته لا تبـــرأ من أجرة العين المؤجرة إلا بالوفاء بها إلى المحال إليه " .

(طعن رقم ١٧٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٢)

٢- " مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى أن حوالة الحق لا تكون نافذة فى حق المدين المحال عليه إلا من تاريخ قبوله لها أو من تاريخ إعلانه بها بما يرتب حلول المحال له محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه فى نفس الحق المحال به وفى الحالة التى يكون عليها وقت إعلان الحوالة أو قبولها " .

(طعن رقم ٩٣٦٢ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٦/١١)

١٢٥- أولاً : المقصود بقبول المدين الحوالة :

يجب لنفاذ الحوالة قبل المدين أن يقبل المدين الحوالة .

وتنحصر دلالة هذا القبول على مجرد إقرار المدين بحصول الحوالة ، بحيث يكون عليه أن يؤدى الحق المحال به فى نفس الحدود التى كان عليه أن يؤديه فيها للمحيل . وبناء على ذلك فإن هذا القبول لا يجعل المدين طرفا فى الحوالة . كما أنه لايتضمن معنى الإقرار بالتزامه قبل المحيل بغير قيد أو شرط ، ولذلك كان للمدين رغم قبوله الحوالة أن يتمسك فى مواجهة المحال له بكافة الدفوع التى كان يستطيع أن يتمسك بها قبل المحيل .

ويستثنى من ذلك ، كما سنرى الدفع بالمقاصة[1] .

وليس للقبول شكل خاص ، فيمكن أن يكون فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية أو شفويا [2].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٥٧ – اسماعيل غانم ص ٣٥٩ .

(٢) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٦٣ .

ولايستثنى من ذلك إلا إذا تمخضت الحوالة هبة مباشرة ، فإنها ككل هبة يجب أن تفرغ فى شكلها الرسمى ، ولا تنعقد إلا إذا كانت فى ورقة رسمية ، وذلك تطبيقا للقواعد العامة فى الهبة (١).

ومن الجائز أن يكون قبول الحوالة ضمنيا ، كما لو صدر من المدين أى عمل أو تعبير عن الإرادة يدل على قبوله الحوالة . كما لو قام بدفع قسط من الدين للمحال له (٢).

ولايغنى عن قبول الحوالة علم المدين علما فعليا بالحوالة ولو أقر به إلا فى حالة الغش بتواطئه مع المحيل على الوفاء له إضرارا بحقوق المحال له (٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " قبول الدائن للحوالة يغنى عن إعلانه بها رسميا على نحو ما نص عليه بالمادة ٣٢٢ من القانون المدنى ، وإذ كان من الجائز أن يكون هذا القبول ضمنيا كما لو صدر من الدائن أى تعبير عن الإرادة يدل على رضائه بالحوالة وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص قبول البنك للحوالة من إرساله خطابا للمحال عليه

---

(١) السنهورى ص٤٠٩ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١١٦٥ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢٥٧- مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٦٤ .

(٣) السنهورى ص ٤٢٣ - المستشار أنور طلبه ص ١٧٦ .

المطعون ضده يحثه فيه على تنفيذ ما سبق أن تعهد به في عقد البيع الذى تضمن حوالة الدين عليه ".

(طعن رقم ٦١٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٥)

٢- " النص فى المادتين ٣٠٣، ٣٠٥ من القانون المدنى- على حق الدائن فى أن يحول حقه إلى شخص آخر وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين ولا تكون الحوالة نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، ويعتبر فى حكم القبول الضمنى لحوالة الحق – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- قيام المدين بسداد بعض أقساط الدين للمحال له ، ومن ثم يجوز للمؤجر أن يحيل حقه فى عقد الإيجار إلى الغير فإذا ما نفذت الحوالة يحق للمحال إليه- تبعاً لذلك- أن يقاضى المستأجر – المحال عليه – فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة لاختصام المؤجر ، لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ، ومنها دعوى الفسخ".

(طعن رقم ١٧٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/١/١٢)

١٢٦- يجب أن يكون القبول تاليا لانعقاد الحوالة أو معاصرا لها :

لما كان الغرض من اشتراط قبول المدين الحوالة هو الدلالة على علم المدين بالحوالة ، لذلك يجب لكى تكون الحوالة نافذة قبله، أن يكون قبولا لاحقا لانعقادها أو على الأقل معاصرا لها فلا يكفى إذن أن يقرر المدين فى سند الدين أنه راض مقدما بحوالة الحق

للغير [١]. ذلك أن إطلاق عبارة السند على هذا النحو لا يتحصل معه علم الدين بشخص المحال إليه وبتاريخ الحوالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى - على ألا تكون حوالة الحق المدنى نافذة قبل المدين إلا إذا قبلها أو أعلن بها - أن القبول الذى يعتد به فى هذا الخصوص هو الذى يصدر من المدين وقت الحوالة أو بعدها بحيث ينم عن علمه بها فيكف عن سداد الدين إلى الدائن الأصلى ولا يعامل بشأنه إلا الدائن الجديد . أما إذا تضمنت عبارة السند تخويلا للدائن بتحويل الحق موضوع السند لمن يشاء بغير توقف على رضا المدين فإن ذلك لا يعد قبولا بالمعنى الذى قصده المشرع بالمادة ٣٠٥ من القانون المدنى إذ أن اطلاق عبارة السند على هذا النحو وورودها فيه سابقة على الحوالة لا يتحصل معه علم المدين بشخص المحال إليه وبتاريخ الحوالة ، فلا يغنى عن إعلانه بها وقت إتمامها أو بعده أو الحصول على قبوله لها ، حتى يتحقق الغرض الذى يستهدفه المشرع من وجوب اتخاذ هذين الإجراءين بما يرفع الشك لدى المدين بالنسبة للشخص الذى يجب أن يوفى له الدين عند حلول ميعاد الاستحقاق " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٩)

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٥٩ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢٥٧ - عبد المنعم البدراوى ص ٥٧.

١٢٧- إثبات قبول المدين الحوالة :

يخضع إثبات قبول المدين الحوالة للقواعد العامة فى الاثبات، فيجوز إثباته بالبينة والقرائن إذا كان الحق المحال به لا يجاوز قيمته خمسمائة جنيه ، وإلا فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها [1].

ثانيا : إعلان المدين بالحوالة :

الإعلان يكون بواسطة المحضر وذلك طبقا للمادة التاسعة من قانون المرافعات ، وتراعى فيه الأوضاع الخاصة بأوراق المحضرين (مواد ٩ مرافعات ومابعدها) .

وهو يكون إما بناء على طلب المحيل، أو بناء على طلب المحال له ، وهذا هو الغالب ، إذ أن مصلحة المحال له أن يسارع بمجرد انعقاد الحوالة بما يلزم لنفاذها حتى يستقر له الحق المحال .

ويجب أن يشمل الإعلان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ، فلا يشترط أن يشتمل الإعلان على صورة كاملة لعقد الحوالة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا لم يكن المدين قد قبل الحوالة تعين إعلانه بها ، ويكون ذلك إما بورقة إعلان توجه بالأوضاع الخاصة بأوراق المحضرين ،

---

(١) السنهورى ص ٤٢٢ .

وإما بورقة مماثلة كصحيفة تكليف بالحضور مثلا . ويكفى فى هذه أو تلك أن تتضمن ما يفيد حصول الحوالة وشروطها الجوهرية"[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

" الإعلان الذى تنفذ به الحوالة فى حق المدين طبقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى هو الذى يتم بورقة من أوراق المحضرين تعلن من المحيل أو من المحال له تتضمن وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ولا يلزم لنفاذها إعلان المحيل والمحال له معا ".

(طعن رقم ٨٧٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨١/١١/٢٦)

ويكفى لإعلان الحوالة حصول الإعلان بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ، وبالتالى يقوم إعلان المدين بصحيفة الدعوى مقام هذا الإعلان .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى فى إعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه وفقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى حصوله بأى ورقة رسمية تعلن إليه بواسطة المحضرين ، وتشمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ، ومن ثم فإنه يقوم مقام الإعلان إنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالحق المحال توطئة لاستصدار أمر أداء به متى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١٦ .

كان هذا الإنذار مشتملا على بيان وقوع الحوالة وشروطها الأساسية".

(طعن رقم ٥٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤)

٢- " من المقرر إن إعلان المحال عليه بصحيفة الدعوى التى تضمنت بيانات الحوالة تعتبر إعلانا له بها وتنفذ فى حقه من هذا التاريخ ، واعتباراً من هذا التاريخ يصح للمحال له مقاضاة المحال عليه بكل ما كان للمحيل من حقوق محالة مادام القانون لم يستلزم لرفع الدعوى بها أن تكون مسبوقة بإجراء آخر . لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن صحيفة افتتاح كل من الدعاوى قد حوت بيانا بحوالة المؤجر لعقد الإيجار المبرم بينه وبين كل طاعن- مستأجر- إلى المطعون عليه - مشترى العقار بعقد غير مسجل - فإن إعلان كل بتلك الصحيفة يعد إعلانا له بتلك الحوالة ، فتصبح نافذة فى حقه اعتبارا من تاريخ الإعلان ، وإذ لم يشترط القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ فى دعوى الإخلاء بسبب سوء استعمال العين المؤجرة أن تكون مسبوقة بإجراء سابق على رفعها، فإن دفاع الطاعنين المبنى على عدم نفاذ الحوالة فى حقهم ، يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٧)

٣- " يكفى فى إعلان المدين بالحوالة لتنفذ فى حقه طبقا لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- حصوله بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين

وتشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الأساسية ، وبالتالى فإن إعلان صحيفة الدعوى التى يرفعها المحال له على المدين مطالبا إياه بالوفاء بالحق المحال به يعتبر إعلانا بالمعنى المقصود قانونا فى المادة ٣٠٥ المذكورة وتنفذ به الحوالة فى حق المدين ".

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٦)

ولا يكفى الإعلان الشفهى ولا الإعلان المكتوب ولو فى كتاب مسجل كما لا يقوم علم المدين بالحوالة وشروطها مقام الإعلان ، لأن القانون متى رسم طريقا محدداً للعلم بتصرف معين ، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق[١] .

ولايعتبر إعلان أحد المدينين المتضامنين بالحوالة إعلانا للباقين ، كما لا يعتبر قبول أحد المدينين المتضامنين للحوالة قبولا بها من الباقين .

١٢٨ـ لمن تعلن الحوالة ؟

تعلن الحوالة إلى المدين أو إلى نائبه كممثل الجميعة أو مدير الشركة أو الولى أو الوصى أو إلى أى شخص تكون له صفة فى فى وفاء الحق .

وإذا كان الحق المحال به حقا مستقبلا ، جاز توجيه الإعلان إلى جميع الأشخاص الذين يحتمل أن يكونوا مدينين بهذا الحق ،

---

(١) السنهورى ص ٤١٨ .

مثل الثمن الذى سيرسو به المزاد فى عين تعرض للبيع بـالمزاد ، فتعلن إلى الأشخاص الذين يحتمل أن يرسو المزاد عليهم [١].

١٢٩ـ ميعاد إعلان الحوالة :

لم يحدد القانون ثمة ميعاد لإعلان الحوالة ومن ثم يجوز إعلانها فى أى وقت ، ولا يكون الإعلان أو القبول متأخرا فلا ينتج أثره إلا إذا سبقه إعلان أو قبول حوالة أخرى أو توقيع حجز تحفظى تحت يد المدين أو شهر إفلاس المحيل أو شهر إعساره .

وحوالة الحق المعلق على شرط يجوز إعلانها أو قبولها قبل تحقق الشرط [٢].

نفاذ الحوالة قبل الغير :

١٣٠ـ المقصود بالغير :

لا يقصد بالغير هنا الغير الأجنبى ، إذ لا شأن لهذا الغير بالحوالة ، فهو لن يضار بها وبالتالى فلا محل للبحث فى شروط نفاذها قبله .

وإنما يقصد بالغير كل من يضار بالحوالة نظرا لأنه قد تعلق له حق خاص بالحق المحال به بوصفه لازال فى ذمة المحيل لم ينتقل منه إلى المحال له . فإذا حول الدائن حقه إلى شخصين على التوالى كان كل منهما غيرا بالنسبة للحوالة الصادرة للآخر .

---

(١) السنهورى ص ٤١٩ وهامش (٢) .

(٢) السنهورى ص ٤١٣ وهامش (١) .

كذلك إذا رهن الدائن حقه ضمانا لدين عليه، كان الدائن المرتهن من الغير بالنسبة للمحال به ، ودائن المحيل الذى يحجز على الحق المحال تحت يد المحال عليه يعتبر أيضا من الغير [١].

ومعنى صيرورة الحوالة نافذة في حق هؤلاء الأغيار هو أنــه عند تزاحم المحال له مع أحد منهم – محال له ثان أو دائن حــاجز أو دائن المفلس أو المعسر- يقدم المحال له إذا كان تــاريخ نفــاذ حوالته – كما سنرى- فى حق هذا الغير سابقا على تــاريخ نفــاذ الحوالة الثانية أو الحجز أو الإفلاس أو الإعسار فى حقه هو .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ يعد من الغير فى الحوالة كل شخص كســب مــن جهــة المحيل حقا على الحق المحال به يتعارض مع حق المحــال لــه ، وكان مما يدخل فى نطاق هذا المفهوم أنه بصدور حكم شهر إفلاس المحيل يصبح دائنوه من الغير بالنسبة للمحال له ، فإن لازم ذلــك ألا يحاج هؤلاء الدائنون بالحوالة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . فــإذا قرر الحكم المطعون فيه أن دائنى المفلس لا يعتبرون من الغير وأن الحوالة تنفذ فى حقهم بمجرد انعقادها ولو لم تكن ثابتــة التــاريخ، ورتب على ذلك القضاء للمحال له بقيمة السندات ، فإنه يكون قــد

(١) اسماعيل غانم ص ٣٦٠ – السنهورى ص ٤١٢ .

أخطأ فى تطبيق القانون ، وقد جره هذا الخطأ إلى حجب نفسه عن بحث التاريخ الثابت لقبول المدين للحوالة أو إعلانه بها " .

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥)

كما قضت محكمة النقض بـأن :

١- " إذا رفع من حول إليه عقد الإيجار دعوى على المستأجر بطلب الأجرة وتثبيت الحجز التحفظى فدفع المستأجر الدعوى بأنـــه أوفى الأجرة إلى المحيل بمقتضى محضر صلح تم بينهما . وأقـــام الحكم قضاءه بطلبات المحال إليه على دعامات ثلاث : الأولـــى أن المستأجر كان قد قبل وفقا لنصوص عقد الإيجار تحويل العقد وقيمة الأجرة إلى الغير . والثانية أن المستأجر لم يكن يجوز له وقد علـــم عند توقيع الحجز التحفظى بحصول الحوالة أن يدفع الـــدين إلـــى المحيل أو يتصالح معه بعد ذلك التاريخ . والثالثة أنـــه لـــم يثبـــت لمحكمة الموضوع أنه كان قبل علمه بالحوالة قد وفى قيمة الأجـــرة كلها أو بعضها إلى المحيل- وكان تقرير الطعن قد خلا من تعييب الحكم فيما استظهره من علم المستأجر بالحوالة فى تـــاريخ ســـابق على تاريخ محضر الصلح ومن عدم قيامه بدفع شئ مـــن الأجـــرة قبل علمه بالحوالة فإنه يكون غير منتج ما يتمسك به المستأجر من خطأ الحكم فيما يكون قد قرره من أن قبوله للحوالة يسقط حقه فـــى كل دفع كان له قبل الدائن ".

(طعن رقم ٢٩٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١٠/٢٤)

١٣١ـ نفاذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين الثابت التاريخ أو بإعلانه بالحوالة :

تنفذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين أو بإعلانه بالحوالة كالشأن بالنسبة لنفاذها قبل المدين .

غير أنه لما كان قبول الحوالة يتم بورقة عرفية ، والقاعدة العامة أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت (م ١٥ من قانون الإثبات) ، فقد نص المشرع بالمادة (٣٠٥) على أن نفاذ الحوالة قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . والغرض من ذلك هو منع تواطؤ المحيل والمحال عليه على تقديم تاريخ الحوالة إضرار بالغير [١].

أما الإعلان فهو بطبيعته ثابت التاريخ لأنه يتم بورقة رسمية على يد محضر .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويشترط للتمسك بالحوالة قبل الغير أن يكون قبول المدين لها ثابت التاريخ ، وليس هذا سوى مجرد تطبيق للقواعد العامة . وقد أريد من اشتراط ثبوت هذا التاريخ درء صور من الغش قد يضار منها أول محال له (المادة ٤٣٠) عند تعاقب الحوالة بذات الدين لمتعددين "[٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٦٠ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٥٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " بطلان عقد شركة التوصية لعدم تسجيله ولعدم النشر عنه هو من قبيل حل الشركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها ، ويتبع في تسوية حقوق الشركاء في هذه الحالة نصوص العقد استنادا إلى أن المادة ٥٤ من قانون التجارة التي تنص على أنه " إذا حكم بالبطلان يتبع في تسوية حقوق الشركاء في الأعمال التي حصلت قبل طلبه نص المشارطة التي حكم ببطلانها " . وإذن فمتى كان الواقع في الدعوى هو أنه رسا على المطعون عليه الأول عطاءان لتوريد أخشاب للمطعون عليهما السادس والسابع دفع عنهما تأمينا ثم اتفق مع المطعون عليهم من الثاني إلى الخامسة على تنفيذ هاتين العمليتين بمقتضى عقد شركة توصية نص على تنازله للمطعون عليهما الثاني والثالث عن جميع المبالغ المستحقة أو التي تستحق له من المطعون عليهما السادس والسابع ثم حرر إقرارا مستقلا عن هذا التنازل أعلن إلى المطعون عليهما سالفي الذكر فنفذاه بإيداع المبلغ المتنازل عنه البنك الأهلي ثم أوقع الطاعن بعد ذلك حجزا تحفظيا تحت يد المطعون عليهما السادس والسابع على ما هو مستحق للمطعون عليه الأول لمديونية هذا الأخير له . وكان الحكم إذ قضى ببطلان الحجز قد اعتمد التنازل الصادر إلى المطعون عليهما الثاني والثالث من المطعون عليه الأول ورتب البطلان على أسبقية

التاريخ الثابت لهذا التنازل على تاريخ الحجز وعلــى تنفيــذ هــذا التنازل بانتقال المال إلى المتنازل لهما قبل الحجز، فإن الطعن على الحكم بالقصور لأنه لم يبين السبب الحقيقى للتنازل وصفة المتنازل إليهما فى حين أنه لو فعل لبان له أن التنازل إنما صدر إلى مديرى الشركة وبسببها وأنه لما كانت هذه الشركة باطلة لعــدم تســجيلها ولعدم النشر عنها فإنه لا يكون لها مال منفصل عن مال الشــركاء ومن ثم يكون الحجز صحيحا- هذا الطعن يكون على غير أســاس كذلك لا مصلحة للطاعن فيما ينعاه على الحكم مــن أنــه خــالف القانون إذا اعتبر الشركة شركة توصية مع أنها فى الواقع شــركة محاصة، لأنه سواء أكانت الشركة شركة توصية أم محاصة فمقطع النزاع هو فى أسبقية نزول مدين الطاعن - المطعون عليه الأول- عن ماله لدى المطعون عليهما السادس والســابع إلــى المطعــون عليهما الثانى والثالث وقد نفذ هذا التنــازل فعــلا بايــداع المــال المتنازل عنه البنك الأهلى على ذمة المتنازل لهمــا قبــل توقيــع الطاعن الحجز ، ومن ثم بكون حجزه قد وقع باطلا إذ لم يصــادف محلا يرد عليه ".

(طعن رقم ٣ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/١/٤)

٢- إن المادة ٣٠٥ من القانون المدنى إذ تنص على " لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلهاِ المدين أو أعلــن

بها . على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هــذا القبول ثابت التاريخ " فقد أفادت بأنه يشترط لنفاذ الحوالة فى حــق الغير أن تكون ثابتة التاريخ سواء أعلن بها المدين أو قبلها ، ذلــك أن الإعلان له تاريخ ثابت حتما ، ويكون نفاذها فــى حــق الغيــر كنفاذها فى حق المدين فى هذا التاريخ ولأن يشترط بالنسبة لقبــول المدين للحوالة ثبوت التاريخ بصريح النص لنفاذها قبل الغير ".

(طعن رقم ٢٠٨ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٥)

مـادة (٣٠٦)

يجوز قبل إعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال لـه من الإجراءات ما يحافظ على الحق الذى انتقل إليه .

الشـرح

١٣٢ـ اتخاذ الإجـراءات التحفظيـة قبل قبول الحوالـة أو إعـلانها :

وإن كان حق المحال له لا يكون حجة على المدين قبل قبولـه الحوالة أو إعلانه بها كما رأينا سلفا غير أنه يجوز للمحال له قبـل قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها ، اتخاذ الإجـراءات التحفظيـة اللازمة للمحافظة على الحق المحال به .

ومثال ذلك :

١- قطع التقادم ، وله فى سبيل ذلك رفع دعوى مطالبة بالحق يكون من شأنها قطع التقادم لا سيما إذا كانت مدة التقادم قد أوشكت على التمام ، ولا يتسع ذلك لإعلان المدين بالحوالة .

٢- تجديد قيد الرهن أو الاختصـاص أو الامتيـاز ، ويقـوم المحال له بذلك باسمه هو لا اسم المحيـل ، وهـذا لايحـول دون الأخير والقيام بالتجديد .

٣- توقيع حجز تحفظى تحت يد مدين المحال عليـه ومتابعـة إجراءات الحجز حتى يصل إلى الحكم بصحة الحجز .

ومتى أجيب لهذا الطلب ، تعين عليه اتخـــاذ إجــراءات نفـــاذ الحوالة لمباشرة إجراءات التنفيذ ، إذ لا تعد هذه الإجراءات تحفظية وبالتالى لا تجوز مباشرتها إلا بعد نفاذ الحوالة[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حق المحال له لا يكون حجة على المدين قبل قبوله الحوالة أو إعلانه بها ، على أن المشروع قد جعل له أن يتخذ ما يرى لزومه من الإجراءات التحفظية قبل المدين . ويراعى أن نص المادة ٤٣١ لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة فى تخويل كل دائـــن حـــق اتخاذ الإجراءات التحفظية ، ولو كان حقه معـــدوما علـــى خطـــر الوجود "[٢].

---

(١) السنهورى ص ٤٦١ – المستشار أنور طلبه ص ١٨٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١١٩ .

مـادة (٣٠٧)

تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط .

الشـرح

١٣٢ـ اشتمال حوالة الحق على ضمانات الحق :

تشمل حوالة الحق ما يكون ضامنا للحق من تأمينات شخصية أو عينية . فإذا كان الحق مضمونا برهن أو امتياز كامتياز البائع مثلا ، انتقل الرهن أو الامتياز إلى المحال إليه تبعا لانتقال الحق الأصلى . وكذلك إذا كان مضمونا بكفالة شخصية .

غير أنه يلاحظ أنه إذا كان الحق المحال به مضمونا بتأمين عينى عقارى يجب قيده للاحتجاج به على الغير ، ويجب التأشير بالحوالة على هامش القيد الأصلى ، حتى يحتج بانتقال التأمين على الغير (م١٠٥٣/٢ مدنى ، ١٩ شهر عقارى)[١] .

ولم تذكر المادة من التوابع سوى الضمانات وما حل من فوائد وأقساط . ولكن من المسلم أن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر. فإذا كان الحق المحال به قد نشأ عن عقد ملزم للجانبين ، كما إذا حول البائع الثمن المستحق له ، فإن دعوى الفسخ بسبب عدم التنفيذ تعتبر من توابع الحق ، بل هى ضمان من ضماناته ، فتنتقل بانتقاله

(١) اسماعيل غانم ص ٣٦٢ .

إلى المحال له ، فيكون له إذا لم يقم المحال عليه (المشترى) بالوفاء عند حلول الأجل ، أن يطلب فسخ البيع ، ويترتب على الفسخ في هذه الحالة إلزام المشترى برد المبيع للمحال له لا للمحيل .

وكذا دعوى الضمان التى تثبت للمستأجر قبل المؤجر فتشملها جوالة الحق فى الإجارة[١] .

وتشمل الحوالة أيضا ما حل من فوائد وأقساط ، فيكون للمحال له أن يقبض الأقساط والفوائد التى حلت وقت الحوالة أو قبل إبرامها ولم يقبضها المحيل[٢] . إنما ينتقل إلى المحال له الحق المحال به بالدفوع التى تشغله كما سنرى .

كما أن انتقال الحق إلى المحال له يقتضى أن يلتزم المحيل بتسليم المحال له سند هذا الحق والوسائل التى تؤدى إلى إثباته والمطالبة به[٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المحيل لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٦٢ – سليمان مرقس ص ٤٠٩ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٦٩.

(٣) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٦٢ – محمود جمال الدين زكى ص ١٦٩ .

الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لالتزامه لأنها تكفل للمشترى أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به ".

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- " لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ، وكانت الحوالة عقدا ملزما للمحيل والمحال إليه كليهما فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة ، وكان الحق المحال به ينتقل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة إلى المحال له بصفاته ودفوعه كما ينتقل معه توابعه ، وكان البين من أوراق الطعن أن مالكى عين النزاع قد أجروها للمطعون ضده الأول بالعقد المؤرخ أول يناير سنة ١٩٦٠ وأنهم باعوها للطاعنة بعقد البيع الابتدائى المؤرخ .. وحولوا لها عقد الإيجار والأجرة الناشئة عنه منذ إبرامه ، مما مؤداه أن الحقوق التى للبائعين عن عقد الإيجار قد انتقلت إلى الطاعنة وكانت الحوالة وإعمالا لصريح نص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى تنفذ فى حق المحال عليه بإعلانه بها أو قبوله لها ، وكان البين من الأوراق أن المستأجر المطعون ضده الأول قبل الحوالة بالصلح المؤرخ .. الذى نظم كيفية وفائه بالأجرة المتأخرة فتكون الحوالة قد نفذت فى حقه " .

(طعن رقم ١٨١ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/٢/٩)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يجوز لمشترى العقار المؤجر ولو لم يكن عقده مسجلا أن يطالب بالمستأجر بالحقوق الناشئة عن عقد الإيجار منها الأجرة إذا ما قام البائع بتحويل العقد إليه وقبل المستأجر هذه الحوالة أو أعلن بها لأنها بهذا القبول أو الإعلان تكون نافذة فى حقه طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٣٠٥ من القانون المدنى ويحق للمشترى - المحال إليه - تبعا لذلك أن يقاضى المستأجر - المحال عليه - فى شأن الحقوق المحال بها دون حاجة إلى اختصام المؤجر لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التى تؤكده ومنها دعوى الفسخ " .

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٥/١٢)

٤- " حيث إن الطاعنين ينعون على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك يقولون إن الإقرارين سندا الحق موضوع الدعوى هما ورقتان غير تجاريتين محلهما غير قابل للحجز ومن ثم لا ترد عليهما حوالة الحق ، إلا أن الحكم خالف هذا النظر وأنزل عليهما أحكام حوالة الحق بالمخالفة لنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى بما يعيبه ويستوجب نقضه وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة- أن مؤدى ما نصت عليه المادة ٣٠٣ من القانون المدنى أن حوالة الحق تتم بمجرد تراضى المحيل والمحال له دون حاجة إلى شكل خاص إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، ويترتب على انعقادها صحيحة انتقال الحق المحال

به – مدنيا كان أو تجاريا – من المحيل إلى المحال لـه بمجرد انعقادها بما له من ضمانات وبتوابعه فيكون للمحال أن يحل محل المحيل فى مباشرة دعاوى الحق المحال به وإجراءات استيفائه دون حاجة إلى إعادة ما سبق منها ، لما كان ذلك وكان الحق المحال من الدائن الأصلى للطاعن الثالث ومورث الطاعنين إلى المطعون عليه موضوعه مبلغ من النقود قابلا للحجز تصح حوالته قانونا ، وكـان قضاء الحكم المطعون فيه بإلزام المدينين بأداء المبلغ المقضى بـه يستند إلى صحيح القانون فإن النعى عليه يكون قائما علـى غيـر أساس ".

(طعن رقم ٢٢٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٥/٢٨)

١٣٤ـ إجراءات أخـرى لنفاذ بعض أنـواع من الحوالة :

ما ذكرنا سلفا من إجراءات لنفاذ الحوالة قبل المـدين والغيـر يعبر عن القاعدة العامة فى هذا الصدد . غير أن هناك اسـتثناءات على هذه القاعدة منها :

١- حوالة الأجرة المعجلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات :

تنص المادة ١١ من القانون رقم ١١٤ لسـنة ١٩٤٦ بتنظـيم الشهر العقارى على أنه :

" يجب تسجيل الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بـأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشئ من ذلك .

ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإجارات والسندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة .

وعلى ذلك يجب تسجيل الحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدما ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لها .

وأنه يترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على أجرة ثلاث سنوات .

٢- الحقوق الثابتة فى سندات اسمية :

الحقوق الثابتة فى سندات اسمية ، كأسهم وسندات الشركات المساهمة أو سندات على الدولة ، تكون حوالتها نافذة فى حق المدين أو الغير بقيدها فى دفتر خاص يحتفظ به المدين : الشركة أو الدولة[١] .

٣- الأوراق التجارية :

الكمبيالات والسندات الإذنية والشيكات الإذنية وما ورد بشأنه نص خاص كبوليصة التأمين وبوليصة الشحن وبوليصة التخزين ، تنعقد الحوالة فيها بين المحيل والمحال له بالتراضى وفقا للقواعد العامة ولكنها لا تكون نافذة فى حق المدين وفى حق الغير إلا بالتظهير بأن يضع صاحب السند توقيعه فى ظهر السند .

(راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الثالث) .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٥٩ .

مـادة (٣٠٨)

١- إذا كانت الحوالة بعوض فلا يضمن المحيل إلا وجود الحق المحال به وقت الحوالة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

٢- أما إذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق .

الشرح

١٣٥- الضمان فى الحوالة بعوض :

إذا كانت الحوالة بعوض ، فإن ضمان المحيل يقتصر على وجود الحق المحال به وقت الحوالة .

ومن ثم يقوم هذا الضمان إذا كان الحق المحال به قد نشأ عن تصرف باطل أو تقرر إبطاله أو كان الحق قد انقضى قبل الحوالة، أيا كان سبب انقضائه.

ويشمل الضمان أيضا ما يتبع الحق من تأمينات عينية وشخصية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يتضمن التنازل عن الإيجار ، حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المستأجر وحوالة دين بالنسبة لالتزاماته ويعتبر المستأجر المتنازل- فيما يختص بحق الانتفاع بالعين المؤجرة الذى حوله إلى المتنازل له فى مركز المحيل ومن ثم فإن ضمانه لهذا الحق ولو

كان التنازل بعوض يخضع للقواعد المقررة للضمان فـى حوالـة الحق وليس القواعد المقررة لضمان البائع فإذا تحقق سبب الضمان وفقا للمادة ٣٠٨ من القانون المدنى فإن المستأجر المتنازل لا يلزم طبقا للمادة ٣١٠ إلا برد ما استولى عليه مقابل حق الانتفاع الـذى حرم منه المتنازل له مع الفوائد والمصروفات ولـو وجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك ".

(طعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٨)

٢- " إذ نظم المشرع فى المواد من ٣٠٨ إلى ٣١١ من القانون المدنى أحكام الضمان فى حوالة الحق بنصوص خاصة فإنه لايجوز مع وجود هذه الأحكام الخاصة تطبيق أحكام الضمان الواردة فـى باب البيع على الحوالة " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٩)

١٣٦ـ الضمان فى الحوالة بغير عوض :

القاعدة هى أن المتبرع غير ضامن، فلا يضمن المحيل (المتبرع) حتى وجود الحق المحال به .

ومثال ذلك إذا تعذر على المحال له استيفاء الحق نظرا لإعسار المدين (المحال عليه) ، أو كان الحق ذاته لا وجود له[1] .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٦٧ – مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٧٢ .

على أن المحيل ، ولو كان متبرعا ، يكون مسئولا عن أفعالــه الشخصية **كما أنه ينبغى الرجوع إلى القواعد العامة فى الضــمان بصدد عقود التبرع ومن ذلك نص المادة ٤٩٤ مدنى** وهى تضــع القاعدة فى ضمان الواهب استحقاق الشئ الموهوب ، وهى تــنص على أنه : " لا يضمن الواهب استحقاق الشئ الموهــوب ، إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض . وفــى الحالــة الأولى يقدر القاضى للموهوب له تعويضا عادلا عما أصــابه مــن الضرر . وفى الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقــدر ما أداه الموهوب له من عوض . كل هذا ما لم يتفق علي غيره".

" وإذا استحق الشئ الموهوب حل الموهوب له محل الواهــب فيما له من حقوق ودعاوى " .

(راجع فى التفصيل المجلد السابع – عقد الهبة – عقد الصلح– عقد الوكالة) . .

مـــادة (٣٠٩)

١- لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفـــاق خـــاص على هذا الضمان .

٢- وإذا ضمن المحيل يسار المـــدين ، فـــلا ينصـــرف هـــذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك .

الشـــــرح

١٣٧ـ عدم ضمان المحيل يسار المـدين مـا لم يوجـد اتفـاق على غير ذلك :

لايضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

وسبب ذلك أن المحيل لا يضمن إلا وجود الحق وتوابعه ، ومن ثم فهو لايضمن يسار المدين .

غير أنه يستثنى من ذلك وجود اتفاق بين المحيل وبين المحـــال له على هذا الضمان ، وعندئذ نخرج من نطـــاق الضـــمان بحكـــم القانون إلى نطاق الضمان الاتفاقى .

ومع ذلك يضمن المحيل يسار المدين دون أن يدخل فى نطـــاق الضمان الاتفاقى ، إذا كان يعلم أن المدين معسر وقد أخفـــى غشـــا هذا الإعسار عن المحال له ، وهنا يكون الضمان ناشئا عن الغـــش لا عن عقد الحوالة[١] .

---

(١) السنهورى ص ٤٤٦ .

١٣٨- حالة ضمان المحيل يسار المدين :

يجوز أن يشترط المحيل أن يضمن يسار المدين المحال عليه ، فيصح الشرط .

ولكن هذا الشرط من شأنه التشديد فى أحكام الضمان لذلك يجب ألا يتوسع فى تفسيره . وعلى ذلك فإن لم يحدد الوقت الذى يضمن فيه المحيل يسار المحال عليه ، فلا يصرف الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة [١].

واشتراط ضمان يسار المدين يؤدى إلى إلزام المحيل بقيمة عوض الحوالة مع الفوائد والمصروفات لا بقيمة الحق المحال به[٢].

والقانون المصرى لا يجز الاتفاق على أن يؤدى المحيل أكثر من ذلك كقيمة الحق المحال مثلا إن كانت أكثر .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تتناول المواد من ٤٣٥ إلى ٤٣٨ أحكام التزام المحيل بالضمان ، وهو التزام يترتب بمقتضى الحوالة ولم يستحدث المشروع جديداً فى هذا الشأن ، فهو يكاد يقتصر على الأخذ بما استقر من المبادئ على أن هذه المبادئ ليست فى جملتها إلا قواعد مفسرة لإرادة المتعاقدين ، والأصل فى تطبيقها أن يقتصر ضمان

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٦٤ – السنهورى ص ٤٤٨ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٤ .

المحيل على وجود الحق المحال به (المادة ٤٣٥) . وأن اشتراط ضمان اليسار لا يتناول إلا مركز المحال عليه وقت الحوالة (المادة ٤٣٦) ما لم يتفق على خلاف ذلك .

على أن إعمال مبدأ سلطان الإرادة يرد عليه فى هـذا النطـاق قيدان : فيراعى من ناحية أن مدى التزام المحيل بالضـمان طبقـاً للمادة ٤٣٧ لايجاوز على وجه الإطلاق رد ما أدى إليه فعلا مـع الفوائد والمصروفات . وقد قصد من نص المشـروع علـى عـدم جواز الاتفاق على خلاف هذا الحكم إلى قطع السبيل على المرابين. ويراعى من ناحية أخرى أن اشتراط الإعفاء من المسـئولية عـن ضمان الاستحقاق يقع باطلا ، إذا كان هذا الاستحقاق يرجـع إلـى فعل المحيل نفسه (المادة ٤٣٨)، وليس هذا الحكم سـوى مجـرد تطبيق للقواعد المقررة بشأن ضمان الاستحقاق بوجه عام .

ويتفرع على هذه القواعد ذاتها أن المحيل يسقط عنه الضـمان إذا كانت الحوالة بغير عوض ، ما لم يتفق على خلاف ذلك (المادة ٤٣٥ فقرة ٢) بيد أنه يسأل فى هذه الحالـة أيضـا عـن فعلـه الشخصى (المادة ٤٣٨) "[1].

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ ٣

مــادة (٣١٠)

إذا رجع المحال له بالضمان علـى المحيـل طبقـا للمـادتين السابقتين فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مـع الفوائـد والمصروفات ، ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

الشـــرح

١٣٩ـ حدود حق المحال له فى الرجوع بالضمان على المحيل :

إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل ، إما لعـدم وجـود الحق المحال به وقت الحوالة طبقـا للمـادة (٣٠٨ مـدنى) وإمـا لإعسار المحال عليه عندما يتفق على ضمان يساره طبقـا للمـادة (٣٠٩ مدنى). فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائـد والمصروفات . فيقتصر حق المحال له فى الرجوع بالضمان على المحيل على استرداد ما دفعه فى مقابل الحق المحال به مع فوائـده بسعرها القانونى من يوم دفعه ، والمصروفات التى تكبـدها فـى إبرام الحوالة أوفىّ جعلها نافذة فى مواجهة الغيـر وفـى مطالبـة المدين وفى الرجوع بالضمان على المحيل .

ولايجوز الاتفاق على أن يكون للمحال له أن يرجع بأكثر ممـا غرمه نتيجة للحوالة فى الحالتين المشار إليهمـا ، فحكـم المـادة (٣١٠) يتعلق بالنظام العام. وقصد به قطع السبيل على المـرابين الذين يستغلون حاجة الناس ، فيشترون حقوقهم بأبخس الأثمان ، ثم

يكفلون لأنفسهم حق الرجوع بها كاملة عليهم إذا لم يستوفوها كاملة من المحال عليهم [١].

وقال الدكتور السنهورى فى لجنة المراجعة تعليلا لهذا الحكم إن المقصود منه " أن يتحمل المحال له الغنم والغرم لأن الحوالة تنطوى على معنى المضاربة "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ نصت المادة ٣١٠ من القانون المدنى على أنه " إذا رجع المحال له بالضمان على المحيل . فلا يلزم المحيل إلا برد ما استولى عليه مع الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يخالف ذلك " فإن قصد المشرع من هذا النص هو تحديد أقصى ما يرجع به المحال له على المحيل من تعويض عند تحقق الضمان . وهذا الحكم يغاير الحكم الوارد بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى الذى يجرى سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان موضوع الالتزام مبلغا من النقود تأخر المدين فى الوفاء به ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يعمل حكم المادة ٢٢٦ من القانون المدنى ، وقضى للمحال له بالفوائد من تاريخ دفعه مبلغ الحوالة للطاعن وهو المحيل فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/١١)

---

(١) السنهورى ص ٤٥٤ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ١٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٢٦ .

مادة (٣١١)

يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض أو لو اشترط عدم الضمان .

الشــرح

١٤٠ـ مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية :

يكون المحيل مسئولا عن أفعاله الشخصية ، دون تفرقة بين ما إذا كانت الحوالة حاصلة بعوض أو بغير عوض، ومؤدى ذلــك أن يسأل المحيل عن كل فعل خطأ يترتب عليه تفويــت مزيـــة الحـــق المحال به كلها أو بعضها على المحال إليه . ولا يعتبر فعل المحيل خطأ إلا إذا كان قياما بعمل كان يجب عليه الامتناع عنه أو امتناعا عن عمل كان يجب عليه أداؤه .

ويسأل المحيل عن كل خطأ يقع منه ، سواء كان هــذا الخطـــأ عمدا أو إهمالا .

وفى هذه الحالة الأخيرة سواء كان الإهمال جسيما أو يسيرا [١].

فيسأل المحيل إذا كان قد أحال الدين مرة أخرى أو استوفاه قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق المدين [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٣

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٣ .

ومتى تحققت شروط مسئولية المحيل عن فعله الشخصى ، فإن جزاءها يخضع للقواعد العامة ، ولا يسرى عليه القصر أو التحديد الذى قضت به المادة ٣١٠ فيما يتعلق بالإخلال بضمان وجود الحق. أى أن المحال له يكون له الحق فى تعويض كافة الأضرار التى أصابته سواء فى ذلك ما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب ، فيجوز له أن يرجع على المحيل بقيمة الحق المحال به كلها إذا أثبت أنه لولا خطأ المحيل لاستطاع هو أن يحصل على تلك القيمة كاملة[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يقتصر حق المحال له فى التعويض- فى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى- على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات كما هو الحال عندما يتحقق الضمان طبقا للمادتين ٣٠٨ ، ٣٠٩ من القانون المدنى بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضا التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٩)

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٣ ومابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٣- محمود جمال الدين زكى ص ١٧١ .

٢- " امتناع المحيل عن تسليم المستندات المثبتة للحق المحال به لا يجيز الرجوع عليه بالضمان إلا إذا ترتب عليه استحالة استيفاء المحال له الحق من المدينين المحال عليهما إذ يعتبر عندئذ عائقا يحول دون حصول المحال له على هذا الحق فيضمنه المحيل متى كان بفعله الشخصى " .

(طعن رقم ٥٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/٩)

٣- " حق المحال له فى التعويض فى حالة ضمان المحيل لأفعاله الشخصية وفقا للمادة ٣١١ من القانون المدنى- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يقتصر على استرداد ما دفعه للمحيل عوضا عن الحق المحال به مع الفوائد والمصروفات ، كما هو الحال عندما يتحقق الضمان للمادتين ٣٠٨ ، ٣٠٩ من القانون المدنى ، بل يكون التعويض كاملا يشمل قيمة هذا الحق كلها ولو زادت على ما دفعه المحال له للمحيل ويشمل أيضا التعويض عن أى ضرر آخر يلحق بالمحال له من جراء فعل المحيل " .

(طعن رقم ٣٥٢ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

١٤١ ـ تعلق حكم المادة بالنظام العام :

حكم المادة مما يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على عدم مسئولية المحيل عن أفعاله الشخصية ، أو تحديد هذه المسئولية ، وإلا وقع الاتفاق باطلا .

وهذا الحكم مستفاد من إطلاق عبارة المادة التى تقـول " ولـو اشترط عدم الضمان " وقد قصد المشرع بهذا الإطـلاق الخـروج على حكم المادة ٢١٧ فقرة ثانية التى تجيز الاتفاق علـى إعفـاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقـدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم (١).

(١) سليمان مرقس ص ٤١٣ وهامش (٢) ومابعدها .

مـــادة (٣١٢)

للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التـــى كـــان لـــه أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه ، كما يجوز لـــه أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

الشـــرح

١٤٢ـ الدفوع التى يتمسك بها المدين :

للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنوعين من الدفوع ، هما :

١- الدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفـــاذ الحوالة فى حقه :

كما أن الحق المحال به ينتقل من المحيل إلى المحال لـــه قبـــل المحال عليه بالصفات والضمانات التى له وقت نفاذ الحوالة ، فإن للمحال عليه أيضا أن يتمسك بما يرد على هذا الحق من دفوع .

وعلى ذلك فإن المحال عليه يستطيع أن يتمسك قبل المحال له ، بالنسبة إلى الحق المحال به ، بالدفوع التى كان يستطيع التمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة .

فيعتبر الوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المدين حدا فاصلا بين الدفوع أو أوجه الدفع التى يجوز للمدين أن يتمسك بها ، وبين ما عداها مما يمتنع التمسك به [١].

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٢٩ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ١٧٣ .

فللمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له ببطلان التصرف الذى ولد الحق المحال به ، أو بفسخه أو بكون هذا الحق معلقا على شرط واقف ، وكذلك بانقضائه بالوفاء أو المقاصة أو لسبب آخر ، قبل نفاذ الحوالة فى مواجهته ولو كان موجودا وقت الحوالة .

ومع ذلك لا يجوز للمحال عليه- استثناء على هذه القاعدة- أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة وذلك إذا قبلها دون تحفظ عملا بالمادة ٣٦٨ مدنى[١].

وكذلك لا يجوز له التمسك باتحاد الذمة ، فإذا كان المحال عليه هو وارث المحيل وبعد صدور الحوالة ولكن قبل إعلانها أو قبولها مات المورث فورثه المحال عليه وانقضى الحق المحال باتحاد الذمة ، فقد كان الأصل أن يستطيع المحال عليه أن يدفع مطالبة المحال له بعد إعلان الحوالة بانقضاء الحق . ولكنه لما كان وارثا للمحيل وكان للمحال له أن يرجع بالضمان على المحيل أو على تركته التى يمثلها الوارث فإن الأمر ينتهى إلى أن المحال عليه لا يجوز أن يتمسك بهذا السبب من أسباب الانقضاء [٢].

---

(١) أنظر شرح هذه المادة .

(٢) السنهورى ص ٤٧١ - محمود جمال الدين زكى ص ١٧٣ - عبد المنعم البدراوى ص ٦٨ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ليس الحكم الوارد فى هذه المادة إلا نتيجة طبيعيه لانتقال الحق ، ويراعى أن الوقت الذى تصبح فيه الحوالة نافذة فى حق المدين يعتبر حداً فاصلا بين الدفوع أو أوجه الدفع التى يجوز لهذا المدين أن يتمسك بها ، وبين ما عداها مما يمتنع التمسك به . ويدخل فى عداد الطائفة الأولى من الدفوع أو الأوجه كل دفع أو وجه نشأ سببه قبل الوقت الذى تقدمت الإشارة إليه . ولو ترتب حكمه فيما بعد ، كما هو الشأن فى تحقق الشرط الفاسخ ، بعد نفاذ الحوالة فى حق المدين "[1].

١٤٣ـ الدفوع المستمدة من عقد الحوالة :

للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بعقد الحوالة ذاته . مثل ذلك أن يكون عقد الحوالة باطلا ، وهو سند المحال له فى الرجوع على المحال عليه ، فلهذا أن يدفع ببطلانه ويجوز أن يتمسك بالبطلان كل ذى مصلحة .

أما إذا كان عقد الحوالة قابلا للإبطال لمصلحة المحيل فإن المحيل وحده هو الذى يستطيع أن يتمسك بإبطال الحوالة . ولايستطيع المحال عليه ذلك لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته ، بل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٢٩ ومابعدها .

ولا يستطيع التمسك بالإبطال باسم المحيل لأنه ليس دائنا لـــه بــل مدينا . فلا يبقى أمامه إلا أن يدخل المحيل خصما فى الدعوى التى يرفعها عليه المحال له ، ويطلب منه إما أن يتمسك بإبطـــال العقــد وإلا دفع المحال عليه الحق المحال به للمحال له معتبــرا ســكوت المحيل عن التمسك بإبطال العقد إجازة ضمنية منه للحوالة (١).

---

(١) السنهورى ص ٤٧٢ .

مـــادة (٣١٣)

إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التى تصبح قبـــل غيرها نافذة فى حق الغير .

الشـــرح

١٤٤- تعدد الحوالة بحق واحد :

إذا عقد المحيل عدة حوالات بالحق ذاته لأشخاص مختلفـــين ، الأمر الذى يترتب عليه قيام تنازع بين المحال إليهم المتعددين فإن الأفضلية تكون لمن تصبح حوالته قبل غيرها نافذة فى جق الغيـــر أى لمن يكون قد حصل قبل غيره على قبول المدين بحوالته قبـــولا ثابت التاريخ أو لمن سبق غيره فى إعلان حوالته إلـــى المـــدين . فيترتب علي نفاذ حوالة أحدهم عدم إمكان نفاذ حوالات الآخرين أو الاعتداد بها على من سبق فى نفاذ حوالته [1].

وكذلك الأمر لو صدرت من المحيل حوالة لشـــخص ورهـــن الحق المحال به إلى شخص آخر ، فإذا سبق المحال إليه فى جعـــل حوالته نافذة لم يحتّج عليه برهن الحق . وإذا سبق المرتهن لم يحتج عليه بالحوالة . والحكم كذلك أيضا إذا رهن الدائن حقه عدة رهون لأشخاص متعددين إذ تكون الأفضلية للمرتهن الذى يسبق غيره فى جعل رهنه نافذا قبل الغير [2].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٦ ومابعدها - مصطفى عدوى ومحمـــد محـــى الدين إبراهيم ص ٣٦٥ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤١٧ - سمير عبد السيد تناغو ص ٣٠٦ .

على أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل يحد منها مبدأ أن الغش يفسد التصرفات ، بمعنى أنه إذا تمت الحوالة الثانية بالتواطؤ بين المحيل والمحال له الثانى للإضرار بحق المحال له الأول ، وجب تفضيل الحوالة الأولى ولو كان إعلانها للمدين لاحقا لقبوله الحوالة الثانية أو إعلانه بها [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ليس الحكم الوارد فى هذا النص إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى تصرف المستخلف فى عين المنقول لعدة خلفاء على التعاقب (أنظر المادة ١١٤١ من التقنين الفرنسى) [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد ، وطالب المحال إليه الأخير المدين بقيمة الحق المحال، فلا يشترط لنفاذ الحوالة الأخيرة فى حق المدين سوى قبوله لها أو إعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها دون حاجة لإعلانه بكل حوالة منها على حدة ، إذ المقصود بالإعلان هو إعلام المدين بانتقال الحق إلى المحال إليه الذى يطالب بالدين وإثبات صفته فى اقتضائه ، أما غيره من المحال إليهم السابقين الذين أحالوا حقهم إلى الآخرين فلا

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٦٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٣١ .

يلزمون بإعلان المدين بالحوالة . وتنعقد الحوالة التى أبرمها كل منهم بالتراضى بما يترتب عليها من نقل الحق إلى المحال إليه دون حاجة ارضاء المدين . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر ، واعتد فى نفاذ الحوالة فى حق الطاعن بإعلانه بالحوالة الأخيرة بالإنذار التى اشتمل على بيان بالحوالات السابقة، فإنه لا يكون قد خالف القانون".

(طعن رقم ٥٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٢٤)

٢- " إن النص فى الفقرة الثالثة من المادة ٦٦٢ من القانون المدنى على أن : " وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل " يقتضى أن تكون ذمة رب العمل مشغولة بدين للمقاول الأصلى ناشئ عن عقد المقاولة ، وألا يكون قد تم الوفاء به للمحال إليه ، أما اذا كان هذا الأخير قد اقتضى الحق المحال فعندئذ تجب التفرقة بين حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الوفاء قد تم قبل أن يوقع المقاول من الباطن الحجز تحت يد رب العمل على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلى قبل أن ينذر المقاول رب العمل بعدم الوفاء بدين المقاول المذكور ففى هذه الحالة يكون الوفاء للمحال إليه مبرئا لذمة رب العمل وساريا فى حق المقاول من الباطن ، والحالة الثانية أن يكون الوفاء لاحقا للحجز أو الإنذار فلا

يسرى – عندئذ – فى حق المقاول من الباطن ، ويكون له – رغم ذلك – أن يستوفى حقه قبل المقاول الأصلى بما كان لهذا الأخير وقت الحجز أو الإنذار فى ذمة رب العمل ، ولو كان نزول المقاول الأصلى عن حقه للغير سابقا على الحجز أو الإنذار ".

(طعن رقم ٨١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٩/٤/١٠)

مـــادة (٣١٤)

١- إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحـــاجز بمثابـــة حجز آخر .

٢- وفى هذه الحالة ، إذا وقع حجز آخـــر بعـــد أن أصـــبحت الحوالة نافذة فى حق الغير ، فإن الدين يقسم بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخـــذ مـــن حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة .

الشـــــرح

٤٤٥- التزاحم بين محـال له ودائن حاجـز :

إذا وقع التزاحم بين محال له ودائن حاجز ، فيجـــب أن نفـــرق بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

أن تسبق الحوالة الحجز من حيث نفاذها فى حق الغير ، وفـــى هذه الحالة يفضل المحال له ويختص بكل الحق ، لأن الحوالة تكون قد نقلت الحق إلى ملك المحال له ، فإذا أوقع دائن المحيل الحجـــز لدى المحال عليه بعد ذلك فلا يعتد بالحجز لأنه يكون قد وردعلـــى حق لم يعد ملكا لمدينه المحيل .

الفرض الثانى :

أن يسبق الحجز نفاذ الحوالة فى حق الغير . والمبادئ العامة التى تقدم عرضها فى الحوالة تجعل الحوالة غير نافذة فى حق الحاجز والحجز نافذا فى حق المحال إليه ، وكان يجب أن يترتب على ذلك أن يستوفى الدائن الحاجز حقه أولا ثم إذا تبقى منه شئ صار من حق المحال إليه باعتباره مالكا الحق المحال به ولو أن ملكيته غير نافذة قبل الغير . ولكن المشرع رأى فى ذلك غبنا على المحال إليه فقضى باعتبار الحوالة فى هذا الفرض بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر ، أى أن الدائن الحاجز لا يأخذ كل حقه قبل المحال إليه ، بل يتقاسم هو وإياه قيمة الحق المحجوز عليه والمحال به قسمة غرماء . فإذا كانت قيمة هذا الحق ألف ومائتى جنيه وكان الحاجز دائنا بستمائة جنيه قسمت الألف أثلاثا بين الحاجز والمحال إليه وأخذ الأخير ثمانمائة جنيه والأول أربعمائة .

ولايصح أن يفهم من ذلك أن توقيع أحد دائنى المحيل الحجز على الحق المحال به قبل أن تصبح الحوالة نافذة يفقد المحال إليه مزية الحوالة ويعدم مصلحته فى اتخاذ ما يلزم لجعلها نافذة ، بل إن الأمر بالعكس من ذلك إذ أنه يجب أن يتنبه المحال إليه إلى ضرورة التعجيل بجعل الحوالة نافذة قبل أن يمكن دائنون آخرون من توقيع الحجز بدورهم على الحق المحال به ، لأن هذه الحجوز

التالية يحتج بها على المحال به إذا وقعت قبل نفاذ الحوالة ويـدخل أصحابها مع المحال إليه والحاجز الأول فى قسمة الغرماء . أما إذا وقعت بعد نفاذ الحوالة ، فمن المحقق أنها لايحتج بها على المحـال إليه ويجب ألا يضار بها . فيجدر بالمحال إليـه إذا سـبقه دائـن للمحيل فى توقيع الحجز على الحق المحال بـه قبـل أن تصـبح الحوالة نافذة ألا يقنع بما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة مـن اعتبار الحوالة بمثابة حجز آخر، هذا الاعتبار مقصور على العلاقة بالنسبة إلى ذلك الحاجز الأول ولا محل له بالنسبة للحاجزين التالين إذا وقعت حجوزهم بعد نفاذ الحوالة [١].

الفرض الثالث :

أن تقع الحوالة بين حجزين أو أكثر ، وذلك بأن يحجز دائن أو أكثر لدى المحال عليه ، ثم تنفذ الحوالة فى حق الغير ، ثم يحجـز لديه ثانية دائن آخر أو أكثر .

ويؤدى تطبيق القواعد العامة إلى استبعاد الحجز الأخير لأنـه نظرا لتأخره عن تاريخ نفاذ الحوالة فى مواجهة الغير ، قـد وقـع باطلا لانعدام محله ، إذا كانت الحوالة بكل الحـق المحـال بـه ، ويقتسم الحاجز الأول والمحال له هذا الحق قسمة غرماء .

---

(١) سليمان مرقس ص ٤١٧ ومابعدها- عبد المنعم البدراوى ص ٧١ .

ومع هذا احتفظ التقنين المدنى الجديد بالحل الذى كان مقررا فى المادة ٤٣٣/٤٩٥ من تقنين المرافعات القديم أخذا بالراجح فى القضاء الفرنسى ، بأن يقسم الدين بين الحاجز المتقدم والمحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة [١].

فإذا كان للمحيل ٤٠٠٠ جنيه حول منها ٢٠٠٠ جنيه وقبل إعلان المحال عليه بالحوالة أوقع دائن للمحيل بمبلغ ٣٠٠٠ جنيه حجزا على الحق المحال به تحت يد المحال عليه ، ثم أعلنت الحوالة لهذا الأخير ، وأوقع بعد ذلك دائن آخر للمحيل بمبلغ ٣٠٠٠ جنيه حجزا آخر على الحق المحال به ، يقسم المبلغ بين الثلاثة قسمة غرماء . ولما كانت نسبة الديون إلى الحق المحال به هى ٢ : ١، فإن كلا منهم لا ينال سوى نصف ماله : للحاجز الأول ١٥٠٠ جنيه والمحال له ١٠٠٠ جنيه والحاجز المتأخر ١٥٠٠ جنيه ، ثم ينقص من نصيب الحاجز المتأخر ما يستكمل به مبلغ الحوالة ، ليستوفى المحال له كل حقه ، فلا يبقى له سوى ٥٠٠ جنيه وتكون أنصبتهم فى النهاية هى ١٥٠٠ جنيه للحاجز الأول ، ٢٠٠٠ جنيه للمحال له ، ٥٠٠ جنيه للحاجز المتأخر .

---

(١) محمود جمال زكى ص ١٧٧ ومابعدها – سليمان مرقس ٤١٩ .

ويوفق هذا الحل بين جميع المصـــالح المتعارضـــة : الحـــاجز السابق لايجوز له إهمال الحوالة والحجز اللاحقين لأن حجز علـــى مال مدينه لا يحرم باقى الدائنين من حق الحجز عليه كذلك ، وقـــد رأينا أن الحوالة المعلنة بعد الحجز الأول تعتبر فى مرتبة الحجز . أما المحال إليه فلا حق له فى الاعتراض على اشـــتراك الحـــاجز المتقدم معه ، لأن المحال إليه بالنسبة للحاجز المتقدم لا يعتبر سوى حاجز ثان بسبب أن حوالته لا تســـرى عليـــه . وكـــذلك لا حـــق للحاجزين المتأخرين فى الاعتراض على إنقاص أنصبائهم بقدر ما يفى بإتمام مبلغ الحوالة ، لأن الحوالة سارية عليهم وهى مخرجـــة للدين من ملكية المحيل لملكية المحال إليه فللمحال إليه أن يهملهـــم ويعتبرهم غير موجودين فى نظره [١].

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٢٦٩ .

مادة (٣١٥)

تتم حوالة الدين بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين .

الشـــرح

١٤٦ـ تعريف حـوالة الدين :

حوالة الدين هى وسيلة لانتقال الالتزام فى ناحيته السلبية من ذمة إلى أخرى بحيث يحل مدين محل المدين الأصلى فى الدين ذاته ، كما يحل من طريق حوالة الحق دائن جديد محل الدائن الأصلى فى الحق[١] .

والصورة الأولى لحوالة المدين هى ما تنص عليه هذه المادة ، وهى تتم بالاتفاق بين الدائن والمدين الجديد على أن يتحمل هذا بالدين محل المدين الأصلى ، وذلك دون حاجة إلى رضاء المدين الأصلى كما سنرى .

ويكون المدين الأصلى محيلا والطرف الآخر محالا عليه . وهذه هى الحالة الغالبة .

أما الحالة الثانية فهى التى تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه (م٣٢١) . وسنعرض لها تفصيلا عند شرح المادة المشار إليها .

---

(١) لم ينظم القانون الفرنسى ولا التقنين المصرى القديم حوالة الدين ، وقد سبقت إليها الشريعة الإسلامية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"تعرض أول صورة من صور حوالة الدين حيث يتم التعاقد مباشرة بين المدين الأصلى والمحال عليه ، وهو من يتحمل الدين عنه (المادة ٤٤٤ فقرة ١) .

وفى هذه الحالة يعمد المدين إلى التصرف فى مركزه ، بوصفه هذا ، شأنه شأن الدائن عند التصرف فى مركزه من طريق حوالة حقه "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"مفاد المواد ٣١٥، ٣١٦، ٣٢١ من القانون المدنى أن حوالة الدين تتحقق إما باتفاق بين المدين الأصلى والمحال عليه الذى يصبح بمقتضاه مدينا بدلا منه ، ولا ينفذ فى مواجهة الدائن بغير اقراره ، وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بغير رضاء المدين الأصلى " .

(طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٣٧ .

مادة (٣١٦)

١- لا تكون الحوالة نافذة فى حق الدائن إلا إذا أقرها .

٢- وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى بإعلان الحوالة إلى الدائن ، وعين له أجلا معقولا ليقر الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

الشرح

١٤٧ـ انعقاد الحوالة بين المدين والمحال إليه :

تنص المادة على أن : " تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين " .

أى أن الحوالة تتم بإيجاب وقبول بين المدين والشخص الآخر الذى يتحمل الدين وتخضع هذه الحوالة كغيرها من العقود للقواعد العامة فى نظرية العقد ولذلك يشترط لانعقادها توافر أركان الاتفاق وشروط صحته .

فمن حيث التراضى ينبغى وجود تراض صادر عن ذى أهلية وخال من العيوب . ومن حيث المحل ، فإنه ينبغى أن يتوافر فى الدين المحال به الشروط القانونية الواجب توافرها فى المحل طبقا للقواعد العامة .

وترد الحوالة على جميع الديون أيا كان محلها ، سواء كانت منجزة أو مؤجلة أو معلقة على شرط ، بل يمكن أن ترد على الدين المستقبل .

أما من حيث السبب فإنه يجب أن يكون سبب التـزام المحـال عليه موجودا ، وأن يكون الباعث الدافع عليها مشروعا .

ويصبح المحال عليه ملتزما بهذا الاتفاق ولايجوز له الرجـوع فيه إلا باتفاق آخر بينه وبين المدين الأصلى شريطة أن يـتم هـذا الرجوع قبل قبول الدائن الحوالة .

والحوالة قد تتم معاوضة وقد تتم مجانا فهى تكون معاوضـة فى حالتين :

١- إذا كان المحال عليه مدينا للمحيل ، وقـد قصـد بقبولـه الحوالة أن ينقضى دينه مقابل وفائه بالدين المحال به .

٢- إذا انصرفت نية المحال عليه إلى الرجوع على المحيل بما وفاه للدائن . وقد تتم الحوالة على سبيل التبرع ، وذلك إذا لم يقصد المحال عليه بقبوله الحوالة لا انقضاء دين عليه للمحيل ولا الرجوع بما وفاه [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجوز أن تتم حوالة الدين وفقا لنص المـادة ٣٢١ مـن القانون المدنى فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحـال عليـه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديـد

---

(١) الدكتور محمد على عمران الوجيز فى آثار الالتـزام ١٩٨٤ ص ٢٠٧ ومابعدها- الدكتور محمدلبيب شنب دروس فىنظرية الالتزام ص ٣٦٨.

دون حاجة إلى رضاء المدين القديم ، وإذ كان القانون لم يتطلب فى هذا الاتفاق شكلا خاصا فإنه يكفى أى تعبير عن الإرادة يدل على تراضى الطرفين واتجاه نيتهما إلى أن يحل المدين الجديد محل المدين فى التزامه ولو كان هذا التراضى ضمنيا . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى – فى استخلاص سائغ – إلى أن ثمة اتفاق بين الطاعن والمطعون ضدها – الدائنة تراضى فيه الطرفان ضمنا على أن يتحمل الطاعن دين المدين الأصلى – شقيقته– وقد تمثل هذا الاتفاق فى السندات الإذنية التى وقعها الطاعن لأمر المطعون ضدها . وكان استظهار نية المتعاقدين واستخلاصها من أوراق الدعوى وظروفها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، فإن ما ينعاه الطاعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١)

٢– " حوالة الدين بين تاجرين تكتسب الصفة التجارية متى عقدت لشئون تتعلق بتجارتهما ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن " .

(طعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١)

وتقدير انعقاد الحوالة من عدمه هو ما يستقل بتقريره قاضى الموضوع .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كانت محكمتا أول وثانى درجة قد بينتا الحقيقة التى اقتنعتا بها وأوردتا الدليل الذى يحمل القضاء على الطاعن بقيمة السندات المطالبة بها، وكان ما آثاره الطاعن فى صحيفة الاستئناف لايخرج فى جوهره عما كان معروضا على محكمة أول درجة وتضمنته أسبابها فلا على محكمة الاستئناف إن هى أقرت تلك الأسباب ولم تر فيما أورده الطاعن ما يدعوها إلى إيراد أسباب جديدة . وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أضاف إلى الحكم المستأنف السند القانونى لالتزام الطاعن وهو حوالة الدين التى انعقدت بينه وبين المطعون ضدها فى نطاق المادة ٣٢١ من القانون المدنى ، فإن النعى على الحكم بالقصور يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١) [(١)]

١٤٨ـ آثار الحوالة قبل نفاذها فى حق الدائن :

لا تنفذ الحوالة فى حق الدائن إلا إذا أقرها – كما سنرى فى البند التالى – ومن ثم فإنه قبل إقرار الدائن لها لا يكون لها ثمة أثر إلا فى العلاقة ما بين طرفيها .

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إن البحث فيما إذا كان رضاء المدين بحوالة الدين ينسحب على الحكم الصادر به أو لا ينسحب هى مسألة فى صميم القانون ، فلمحكمة النقض أن تتصدى لها مهما كان تقدير محكمة الموضوع فيها على أساس تفسيرها شرط قبول الحوالة ".

(طعن رقم ١٣٨ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٣/٢٩)

ومؤدى ذلك أن هذه الحوالة لا تغير فى وضع المدين الأصلى إزاء الدائن ، فيظل هذا المدين ملزما بالوفاء إلى الدائن ولا يترتب على الحوالة التى تمت بينه وبين المدين الجديد إبراء ذمته من الدين ولا أن يصبح له حق فى إحالة الدائن - إذا ما طالبه- إلى المدين الجديد ولاحق طلب وقف هذه المطالبة لتجريد المدين الجديد.

أما فى جانب المدين الجديد فإن هذه الحوالة تنشئ التزاما إزاء المدين الأصلى بأن يفى للدائن فى الوقت المناسب دين ذلك المدين ما لم يتفق فى الحوالة على أن لايلزم المدين الجديد بذلك إلا إذا أقر الدائن الحوالة .

وطالما أن الدائن لم يقر الحوالة التى تمت بهذه الصورة ، لايتعلق له حق بها ، وتبقى هى ملكا لطرفها، فيجوز لهما أن يعدلا فيها أو أن يعدلا عنها باتفاقهما دون أن يجوز للدائن الاعتراض على ذلك[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إنه وإن كانت حوالة الدين- التى انعقدت بين المطعون عليه الأول وهو المدين الأصلى وبين مورث الطاعنين- غير نافذة فى حق الدائن- المطعون عليه الثانى- لعدم إعلانه بها وقبوله لها ، إلا أنها صحيحة ونافذه بين طرفيها ، ومن مقتضاها طبقا للمادة

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٠ ومابعدها

٣١٧ من القانون المدنى التزام المحال عليه بالوفاء بالدين فى الوقت المناسب ، وهو عادة وقت حلول الدين، وقد يتفق الطرفان على تحديد ميعاد آخر للوفاء فإذا خلت الحوالة من النص على شئ فى هذا الخصوص ، فإنه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة من الدائن ، سواء بوفائه الدين المحال به للدائن ، أو بتسليمه للمدين الأصلى ليقوم بنفسه بالوفاء به لدائنه، ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائما قبل المدين الأصلى، فإن التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم ".

(طعن رقم ٤٩٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/١/٢٠)

٢- " لما كانت حوالة الشركة المطعون عليها لالتزامها بأيام الراحة المتفق عليها مع الطاعن إلى الشركة التى نقل إليها لا تكون نافذة فى حق الطاعن- طبقا للفقرة الأولى من المادة ٣١٦ من القانون المدنى - إلا إذا أقرها وكان الاتفاق بين الطاعن والمطعون عليها باستبدال أيام الراحة بمقابل ساعات العمل الإضافية قد استحال تنفيذه بسبب نقل الطاعن إلى شركة الاسكندرية للمنتجات المعدنية قبل استنفاده لأيام الراحة المتفق عليها مما يترتب عليه عودة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل الاتفاق بما يستتبع أحقية الطاعن فى أجر ساعات العمل الإضافية ، وكان الطاعن لم يقر الحوالة المشار إليها آنفا ، وكان وفاء المطعون عليها بمقابل

ساعات العمل الإضافية المستحقة للطاعن للشركة التى نقـل إليهـا غير مبرئ لذمتها طبقا للمادتين ٢٢٢، ٢٣٣ من القانون المدنى ... فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر يكون قد أخطـأ فـى تطبيق القانون بما يوجب نقضه لهذا الوجه ".

(طعن رقم ٥٥٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٢/١/١٨-غير منشور)

١٤٩ـ نفاذ الحوالة فى حق الدائن بالإقرار :

لا تنفذ الحوالة فى حق الدائن إلا إذا أقرها . فـإقرار الـدائن ضرورى لنفاذ الحوالة فى حقه . فشخصية المدين جوهرية فى نظر الدائن ، ومن ثم فإنه لا يتغير إلا بإقراره . وإذن فلا يكفى إعـلان الدائن بحوالة الدين ، على عكس الحال فى حوالة الحق حيث يكفى إعلان المدين ، فالدائن لا يجبر على تغيير مدينه ، بل إن الخيار له بين إقرار الحوالة أو رفضها [١].

على أنه إذا شاء الدائن أن يقر الحوالة ، فإن إقراره لا يعتبـر قبولا ينعقد به عقد جديد يرتب آثاره من وقت الإقـرار ، بـل إن إقرار الدائن يرد على عقد تم تكوينه باتفاق طرفيه المدين الأصـلى والمحال عليه ، ولذلك فالرأى السائد أن للإقرار أثرا رجعيا يستند إلى وقت انعقاد الحوالة.

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٧١ .

ويصدر إقرار الدائن ، بداهة بعد الحوالة ويعتبر تصرفا قانونيا من جانب واحد ، ويخضع من ثم للقواعد العامة في التصرف القانوني ولا ينتج أثره إلا بوصوله إلى علم الموجه إليه .

وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحا أو ضمنيا . ومن صور الإقرار الضمنى أن يقبل الدائن من المحال عليه ، مع علمه بالحوالة ودون تحفظ الوفاء ببعض الدين أو بالفوائد المستحقة عنه. ومن ذلك أيضا أن يطالب الدائن المحال عليه بأداء الدين ، أو أن يمنحه أجلا للوفاء به [١].

ولا يشترط لصحة إقرار الدائن للحوالة أن يكون قد سبق إعلانه بها ، بل للدائن إذا ما علم بالحوالة أن يقرها ولو لم تكن قد أعلنت إليه بعد [٢].

ولا يشترط فى إقرار الدائن للحوالة شكل خاص . كما أنه ليس لهذا الإقرار موعد محدد فيستطيع الدائن أن يقر الحوالة فى أى وقت مادامت قائمة لم يعدل عنها طرفاها .

(أنظر أيضا شرح المادة ٣١٩) .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٧١ .

(٢) محمد على عمران ص ٢٠٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تؤثر الحوالة التى تنعقد بين المدين والمحال عليه فى مصالح الدائن ولهذه العلة تقتصر آثارها ولا تنفذ فى حقه إلا إذا أقرها (المادة ٢٤٤ فقرة ٢) "[1] .

١٥٠ـ إعلان الحوالة إلى الدائن وتحديد أجل لإقرارها :

ذكرنا سلفا أنه ليس لقبول الدائن للحوالة أجلا معينا ، وأنه يجوز له قبولها فى أى وقت طالما أن الحوالة قائمة لم يعدل عنها. غير أن المشرع رأى أن الدائن قد يتعسف فى استعمال حقه فى قبول الحوالة فيمتنع عن إقرارها فأجازت للمحال عليه أو المدين الأصلى إعلان الحوالة إلى الدائن، وتعيين أجل معقول ليقر الحوالة، فإذا انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة .

ولا يشترط أن يكون الإعلان رسميا . كما أن قاضى الموضوع هو الذى يفصل فى معقولية الأجل المحدد إذا ما ثار نزاع فى شأنه[2].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد واجهت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ حالة من أحوال الإساءة أو التعسف فى استعمال الحق (المادة ٦ من المشروع) ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٣٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٥٠٥- اسماعيل غانم ص ٣٧٢ .

نعرض عند امتناع الدائن عن إقرار الحوالة ، مع أن حقه يظل مكفول الوفاء بعد انعقادها . وفى هذه الحالة يعتبر امتناعه أو رفضه ، كأن لم يكن ، وتنفذ الحوالة رغم ذلك. وقد أخذ هذا الحكم عن الشريعةالإسلامية (مذهب المالكية) وهى تجرى على إعماله، فى نطاق أوسع كما سيأتى بيان ذلك "(١).

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٣٠ .

مـادة (٣١٧)

١ – ما دام الدائن لم يحدد موقفه من الحوالة إقرارا أو رفضا ، كان المحال عليه ملزما قبل المدين الأصلى بالوفـاء للـدائن فـى الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هـذا الحكم ولو رفض الدائن الحوالة .

٢ – على أنه لا يجوز للمدين الأصلى أن يطالب المحال عليـه بالوفاء للدائن ، مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحـال عليـه بمقتضى عقد الحوالة .

الشـرح

١٥١- أثر عـدم تحديـد الـدائن موقفـه مـن الحوالـة أو رفضـه لها :

قد يتفق المتعاقدان صراحة على الآثار التى يريدان ترتيبها على التعاقد . فلهما أن يقصرا اتفاقهما على مجرد تعهد المدين الجديـد بالوفاء للدائن ، فلا يترتب على هذا الاتفاق سوى التـزام المـدين الجديد نحو المدين الأصلى . ولهما أن يتفقا علـى الحوالـة مـع اعتبارها غير قائمة إلى أن يقرها الدائن .

أما إذا اتفق المتعاقدان على الحوالة ولم يشترطا أمرا معينا . فقبل إقرار الدائن أو عند الرفض ينشأ عن اتفاق المدين الأصـلى والمحال عليه علاقة ملزمة يكون لها نفس المدى للتعهد بالوفـاء .

فيقع على عاتق المدين الجديد التزام بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق أى الوقت الذى يحل فيه الأجل . ويكون عليه بالتالى أن يدرأ عن المدين الأصلى كل مطالبة من جانب الدائن، ولكن ليس عليه أن يحصل من الدائن على إبراء ذمة المدين الأصلى قبل استحقاق الدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"من المسلم أن للمتعاقدين كامل الخيار فى تحديد ما يترتب بينهما من الآثار بمقتضى تعاقد صريح . فلهما أن يشترطا اعتبار الحوالة غير قائمة إلى أن يتم إقرارها ، كما أن لهما أن يشترطا اقتصار الحوالة على إنشاء مجرد التزام على عاتق المحال عليه بقضاء حق الدائن "[١].

كما جاء بها :

" ولايستتبع التزام المحال عليه بقضاء حق الدائن عند الاستحقاق ، تخويلّ المدين حق مطالبة المحال عليه بأن يعمل على إبراء ذمته قبل الدائن فور الوقت . بل كل ما هنالك أن هذا الالتزام يخول للمدين إذا طالبه الدائن قضائيا حق الرجوع على المحال عليه باعتبار أنه قد تعهد بالوفاء عنه ، ليجنبه هذه المطالبة وتقضى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٤٩ .

الفقرة الثانية من المادة ٤٤٨ بأنه " لايجوز للمـــدين الأصـــلى أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن مادام هو لم يقم بما التزم به نحو المحال عليه بمقتضى عقد الحوالة " وغنى عن البيان أن هذا الحكم ليس إلا تطبيقا للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين "[1].

وقد قضت محكمة النقض بــأن :

" وإن كانت حوالة الدين- التى انعقدت بـــين المطعـــون عليـــه الأول وهو المدين الأصلى وبين مورث الطاعنين - غير نافذة فى حق الدائن- المطعون عليه الثانى- لعدم إعلانه بهـــا وقبولهـــا، إلا أنها صحيحة ونافذة بين طرفيها ، ومن مقتضاها طبقا للمـــادة ٣١٧ من القانون المدنى التزام المحال عليه بالوفاء بالدين فـــى الوقـــت المناسب وهو عادة وقت حلول الدين ، وقد يتفق الطرفـــان علـــى تحديد ميعاد آخر للوفاء فإذا خلت الحوالة من النص على شئ فـــى هذا الخصوص ، فإنه يكون على المحال عليه أن يدرأ عن المـــدين الأصلى كل مطالبة من الدائن ، سواء بوفائه الدين المحال به للدائن ، أو بتسليمه للمدين الأصلى ليقوم بنفسه بالوفاء بـــه لدائنـــه ، ولازم ذلك ومقتضاه أنه طالما كان الدين قائما قبل المدين الأصلى ، فـــإن التزام المحال عليه يظل قائما كذلك ولا يسقط بالتقادم ".

(طعن رقم ٤٩٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٢/١/٢٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ١٥٠ .

١٥٢ ـ التزام المدين الأصلى بشئ فى عقد الحوالة :

إذا كان المدين الأصلى قد التزم نحو المحال عليه فى عقد الحوالة بشئ فى مقابل التزام هذا الأخير بتحمل الدين ، فليس له أن يطالب المحال عليه بالوفاء للدائن إلا إذا كان قد نفذ التزامه. فهذا ما تقضى به القواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين وإذا لم يقم المحال عليه بالوفاء بالتزامه ، وجب عليه تعويض المدين الأصلى متى طالب الدائن هذا الأخير بالدين [1].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٢ مابعدها – عبد المنعم البدراوى ص ٣٠٨- محمد على عمران ص ٢١٣ .

مـادة (٣١٨)

١- تبقى للدين المحال به ضماناته .

٢- ومع ذلك لا يبقى الكفيل ، عينيا كان أو شخصيا ملتزمـا قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة .

الشـرح

١٥٣ـ بقاء ضمانات الدين :

تبقى للدين المحال به ضماناته ، وذلك بغير حاجة إلـى اتفـاق خاص . وتسرى هذه القاعدة على التأمينات العينية التى تقررت من جهة المدين الأصلى ، سواء فى ذلك أن يكون هذا التأمين العينـى رهنا رتبه المدين الأصلى على عين من أعيانه للـدائن ، أو حـق اختصاص حصل عليه الدائن على عقار للمدين ، أو حـق امتيـاز خاص يفرضه القانون على عين من أعيان المدين .

أما الامتياز العام ، فهو مجرد وصف فى الدين الممتاز ، فـلا يبقى على أموال المدين الأصلى بعد أن انتقل الدين إلـى المحـال عليه ، بل ينتقل إلى أموال هذا الأخير ، فالدين ينتقل إليـه بجميـع صفاته ومنها كونه دينا ممتازا .

أما إذا كان الدين مضمونا بكفالة شخصية أو عينية ، فإن الكفيل لا يضمن المحال عليه إلا إذا رضى بالحوالة . ذلك أن الكفالة عقد يقوم على ثقة الكفيل فى المدين الذى يضمنه[1] . وقد يكون المحال

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٧٥ ومابعدها- السنهورى ص ٥٢١ ومابعدها .

إليه أقل يسارا ، كما قد يكون قصد الكفيل من كفالته هو أن يقدم إلى المدين الأصلى خدمة لا يريد أن يقدمها إلى غيره ، فإذا لم يرض الكفيل بالحوالة برئت ذمته من الكفالة [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لما كانت حوالة الدين تقتصر على إبدال المدين مع بقاء الدين ذاته ، فمن الطبيعى أن يظل ما يتبع هذا الدين من التأمينات ملحقا به ، كما تقضى بذلك المادة ٤٥١ .

بيد أن كفيل المدين الأصلى ، شخصيا كان أو عينيا ، قد لايرتضى كفالة المدين الجديد كما لو كان أقل ملاءة ، ولهذا عنى المشروع بحمايته فاشترط فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥١ رضاءه بالحوالة ، وإلا برئت ذمته من الكفالة "[2].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ١٥٢ ومابعدها .

مـــادة (٣١٩)

يضمن المدين الأصلى أن يكون المحال عليه موســرا وقــت إقرار الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك .

الشـــرح

١٥٤ـ ضمان المدين الأصلى يسار المحال عليه :

إذا تمت الحوالة باتفاق المدين الأصلى والمحال عليــه ، فــإن المدين الأصلى يلتزم بضمان يسار المحال عليه وقت إقرار الــدائن للحوالة ، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، تشديدا للضــمان أو إعفــاء منه[١].

غير أنه يشترط لوجوب هذا الضمان فى حالة إعسار المحــال عليه أن يجهل الدائن هذا الإعسار . فإذا ثبت أن المحال عليه كان معسرا وقت الإقرار ، وأن الدائن كان يجهل هذا الإعســار ، فــلا تبرأ ذمة المدين الأصلى فى هذه الحالة . أما إذا كان الدائن يعلــم بهذا الإعسار فلا ضمان على المحيل وتبرأ ذمته [٢].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٨٦- نبيل إبراهيم سعد ص ٢٨١.

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٨٦- المستشار أنور طلبه ص ٢٢٣ .

مادة (٣٢٠)

للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها . كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

الشرح

١٥٥ـ تمسك المحال عليه بدفوع المدين الأصلى :

للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى التمسك بها قبل الدائن ويعتبر قيام الحق للمحال عليه فى التمسك بدفوع المدين الأصلى نتيجة طبيعة لانتقال الدين نفسه بمقتضى الحوالة إلى ذمته .

فكما أن الدين ينتقل إليه بالتأمينات التى تضمن الوفاء به ، فإنه ينتقل إليه كذلك بأوجه الدفع التى تعتوره والتى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، سواء أكانت ترجع إلى بطلان العقد الذى ولده ، لعدم مشروعية السبب مثلا - أو قابلية هذا العقد للإبطال ، لعيب شاب رضاء المدين مثلا - إلا فى الحالات التى يعتبر فيها رضاؤه بالحوالة إجازة لها - أو ترجع إلى فسخ العقد الذى كان مصدرا للدين كأن يكون هذا الدين ثمنا حول إلى غير المشترى ، فإن المحال عليه يجوز له أن يطلب فسخ البيع إذا لم ينفذ الدائن التزامه بنقل ملكية المبيع أو بتسليمه إلى المدين الأصلى

أو يرجع إلى انقضاء الدين ، بأحد أسباب الانقضاء ، كالوفـــاء أو التجديد أو الإبراء [(١)].

على أنه يلاحظ فيما يتعلق بالدفع بالمقاصة بين الدين المحال به و دين علي الدائن للمدين الأصلى ، أنه إذا كان المدين الأصلى يعلم وقت الحوالة بأن له دينا على دائنه ، فإن إقدامه على الحوالة رغم علمه يفيد نزوله عن التمسك بالمقاصة ، فلا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها .

ولا يجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع التى كـــان للمـــدين الأصلىأن يتمسك بها إذا كانت هذه الدفوع متعلقة بشخصه خاصة. من ذلك أن يكون الدين المحال به ناشئا عن عقد هبة ، فلا يجـــوز للمحال عليه أن يدفع دعوى الدائن متمسكا بقيام عذر مقبول كـان يجيز للمدين الواهب أن يرجع فى هبته[(٢)] .

١٥٦ـ تمسك المحال عليه بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة .

للمحال عليه التمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة ، سواء تمت الحوالة باتفاقه مع المدين أم باتفاقه مع الدائن كما سنرى ، لأن فى الحالتين طرف فى الحوالة .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٨٥ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٣٧٧ – عبد المنعم البدراوى ص ٨٧ .

ومثال ذلك الدفع بنقص الأهلية والغلط والتدليس . وبعدم وفاء المحيل بالتزامه .

كما يجوز للمحال عليه أن يتمسك فى مواجهة الدائن بالدفوع الخاصة بشخصه كالدفع بالمقاصة بين حق له على الدائن والدين المحال به .

أما الدفوع الخاصة بشخص المحيل فلا يجوز له التمسك بها[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتفرع على قاعدة الاستخلاف على الدين تخويل المحال عليه حق التمسك بما كان للأصيل من الدفوع وأوجه الدفع . ذلك أن الدين يؤول إلى المحال عليه بالحالة التى كان عليها فى كنف الأصيل ، أى بما يتصل به من هذه الأوجه وتلك الدفوع .

وقد كان في الوسع أن يتجه الرأى ، رغم الإبقاء على فكرة الخلافة ووحدة الدين ، إلى افتراض إقرار المحال عليه بوجود الدين بمقتضى التعاقد ، وارتباطه بهذا الإقرار. ولكن افتراضا كهذا لا يتيسر قبوله ، دون تعبير صريح عن الإرادة ، ولا سيما أن ما يغلب فى نية المحال عليه هو انصرافها إلى تحمل الدين فى حدود التزام المحيل به (المادة ٤٥٣ فقرة ١) .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٨٨ – نبيل إبراهيم سعد ص ٢٨٠– عبد المنعم البدراوى ص ٣١٢ .

وللمحال عليه أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين المحال به إطلاقا . ومن ذلك ، مثلا ، الدفع بـالبطلان ، والغـبن، وعيـوب الرضا، واستحالة التنفيذ ، والتقادم ، والتخلف عن الوفاء بـالالتزام المقابل فى عقد من العقود التبادلية ، ونقص الأهلية أو انعـدامها ، والمقامرة وعلى نقيض ذلك لايجوز للمحال عليه أن يتمسك بالدفوع الخاصة بشخص الأصيل ، كالدفع باتحاد الذمة أو بالحق فى الحبس. وقد يقصد إيثار الأصيل شخصيا بـالإبراء م الـدين ، أو بامتـداد الأجل ، وعندئذ يمنع التمسك بهما على المحال عليـه . وللمحـال عليه أن يتمسك من ناحية أخرى بالـدفوع الخاصـة بشخصـه ، كالمقاصة وبالدفوع المتفرعة على تعاقده مع الدائن ، كنقص الأهلية أو انعدامها والغلط والتدليس "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٥٣ ومابعدها .

مـــادة (٣٢١)

١- يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن هذا يحل محل المدين الأصلى فى التزامه .

٢- وتسرى فى هذه الحالة أحكام المادتين ٣١٨، ٣٢٠.

الشـــرح

١٥٧ـ انعقاد الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه :

إذا كان الغالب المألوف أن تنعقد الحوالة باتفاق بـــين المـــدين والمحال عليه ، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن تنعقد باتفـــاق الـــدائن والمحال عليه . ولا يشترط فى هذه الحالة رضاء المدين : فالحوالة تنعقد سواء اقرها المدين أو مانع فيها وذلك راجع إلى أن القاعـــدة أن الوفاء يجوز من غير المدين ولو كان ذلك دون علم المـــدين أو رغم معارضته .

ويستوى أن يصدر الإيجاب من الدائن أو المحال عليه .

ويترتب على الحوالة فى هذه الحالة ، بالإضافة إلى براءة ذمة المدين الأصلى ، أن ينتقل الدين ذاته إلى المحـــال عليـــه بصـــفاته وضماناته ودفوعه ، كما هو الحال فى الحوالة التـــى تـــتم باتفـــاق المدين الأصلى والمحال عليه .

أما فى علاقة المدين الأصلى بالمحال عليـــه ، فإنـــه بمجـــرد الحوالة بين المحال عليه والدائن يعتبر أن المحال عليه قد أدى إلى

المدين الأصلى ما يعادل قيمة الدين المحال به . فإن لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة للمدين الأصلى ، كما له الرجوع عليه بها [١].

وليس للحوالة شكل خاص ، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا كما لو عرض المحال عليه على الدائن الوفاء بجزء من الدين، وقبل هذا الأخير دون تحفظ ووفى المحال عليه باعتباره المدين لا باعتباره نائبا عن المدين فإن الحوالة تكون قد انعقدت بتراض ضمنى . ويجب أن يتم هذا الوفاء بقيمة الحوالة ، فقد يتفق الطرفان لا على حوالة الدين بل على تجديده والفرق واضح تماما بين الاثنين ، ففى الحوالة ينتقل الدين ذاته من المدين القديم إلى المحال عليه بنفس صفاته ودفاعه.

وفى التجديد ينقضى الالتزام القديم ويحل محله التزام جديد مختلف عنه [٢].

وإذا انعقدت الحوالة بين الدائن والمحال عليه ، جاز للأخير والمدين الأصلى التمسك بالمقاصة ، إذ أن المدين الأصلى لم يشترك فى الحوالة حتى يقال إنه نزل عن المقاصة ، ولا يتغير

---

(١) إسماعيل غانم ص ٣٧٨ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ١٨٣.
(٢) محمد على عمران ص ٢٠٩ .

الأمر لو كان المحال عليه عالما بسبب المقاصة وقت الحوالة ، إذ ينتقل الدين إلى ذمته بكافة الدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يدفع بها قبل الدائن . ومادام المدين الأصلى لم ينزل عن حقه فى التمسك بالمقاصة جاز للمحال عليه أن يدفع بسقوط الدين بالمقاصة، إذ أن له مصلحة فى ذلك ، يضاف إلى ذلك أن قبول المحال عليه للحوالة إنما يتحدد بالتزام المدين الأصلى بكافة خصائصه وصفاته ودفوعه [1].

إنما ليس للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع الخاصة بشخص المدين الأصلى ، وإنما يجوز له التمسك بأوجه الدفع الخاصة بشخصه هو .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- تعرض الفقرة الأولى من المادة ٤٥٥ لصورة انعقاد الحوالة بين الدائن والمحال عليه مباشرة . وغنى عن البيان أن هذا الانعقاد يفترض صدور إيجاب وقبول من الطرفين ، ويستوى فى ذلك أن يكون الموجب هو الدائن أو المحال عليه .

ولايشترط لانعقاد الحوالة فى هذه الصورة شكل خاص ، بل تسرى القواعد العامة بشأن إثبات انعقادها ، كما أن الرضاء فيها قد يكون صريحاً أو ضمنياً .

---

(١) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٣٨١.

بيد أنه يشترط ، على أى حال ، أن يفرغ رضـــاء الطـــرفين، بحيث يتيسر للدائن أن يفهم أن المحال عليه لم يقصد إلى الاشتراك فى المسئولية عن الدين ، أو إلى الالتزام به على سبيل التضـــامن، بل إلى إحلال نفسه محل المدين الأصلى فى أدائه .

٢- ويراعى أن الحوالة ترد على جميع الديون ، لا فرق فـــى ذلك بين ما يكون منها مؤجلا ، أو معلقاً ، أو مستقبلا . وهى تنعقد صحيحة فى الصورة الأخيرة ولكنها تكون مشروطة بوجود الدين ، ويكون شأن التزام المحال عليه شأن التزام المدين الأصلى به عنـــد انعقاد الحوالة .

٣- ولا يشترط رضاء المدين الأصلى بالحوالـــة ، فـــى هـــذه الصورة ، فهى تنعقد صحيحة سواء أقرها أو مانع فيها ، ذلك أنها تتمحض لمنفعته ، إذ يترتب عليها أن تبرأ ذمته من الالتزام (أنظر المادة ٤٥٠).

٤- وترتب الحوالة التى تنعقد بين الدائن والمحال عليه ، فضلا عن براءة ذمة المدين ، جميع آثار الحوالة التى تنعقد بين المـــدين الأصلى والمحال عليه ، فيما يتعلق بانتقال ملحقات الدين (المـــادة ٤٥١) ، وبأداء قيمة الحوالة (المادة ٤٥٢) وبالدفوع التى يجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن (المـــادة ٤٥٣) وبامتنـــاع رجوع الدائن على المدين الأصلى ما لم يتفق على خـــلاف ذلـــك

(المادة ٤٥٤). وقد قصد من نص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٥ إلى الإشارة إلى هذه المواد الأربع .

٥- وتقضى المادة ٦٨١ من المجلة (المذهب الحنفى) بجواز " عقد الحوالة بين المحال له والمحال عليه وحدهما " . ومؤدى هذا أن الحوالة قد تنعقد بمعزل عن المدين الأصلى ، لأن تحمل الـدين عنه يتمحض لمنفعته (ابن عابدين، رد المختار ، جـ٦ ص٣٢٢). بيد أن بعض الفقهاء يشترط رضاء المدين الأصلى لأن ذوى المروءات قد يأنفون من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم (البابرتى، العناية ، جـ٦ ص٤٤٤) . ولكن يشترط رضاء المدين الأصلى " للرجوع عليه بما يؤديه عنه المحال عليه إن لم يكن مديونا له أو لسقوط الدين الذى يكون له على المحتال عليه ، (المادة ٨٨٧ من مرشد الحيران ، والزيلعى جـ٦ ص ١٧١) "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يجوز أن تتم حوالة الدين وفقا لنص المادة ٣٢١ من القانون المدنى فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد دون حاجة إلى رضاء المدين القديم ، وإذ كان القانون لم يتطلب فى هذا الاتفاق شكلا خاصا فإنه يكفى أى تعبير عن الإرادة يدل على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٥٧ ومابعدها .

تراضى الطرفين واتجاه نيتهما إلى أن يحل المدين الجديد محل المدين فى التزامه ولو كان هذا التراضى ضمنيا . وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وانتهى – فى استخلاص سائغ – إلى أن ثمة اتفاق بين الطاعن والمطعون ضدها – الدائنة– تراضى فيه الطرفان ضمنا على أن يتحمل المدين الأصلى – شقيقه– وقد تمثل هذا الاتفاق فى السندات الإذنية التى وقعها الطاعن لأمر المطعون ضدها . وكان استظهار نية المتعاقدين واستخلاصها من أوراق الدعوى وظروفها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ، فإن ما ينعاه الطاعن يكون على غير أساس " .

(طعن رقم ٦٢١ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/٥/٣١)

٢- "إذ كان مفاد المادة ٣٢١ من القانون المدنى أنه يجوز أن تتم حوالة الدين فى صورة اتفاق مباشر بين الدائن والمحال عليه يتحول الدين بمقتضاه من ذمة المدين القديم إلى ذمة المدين الجديد ، دون حاجة إلى رضاء المدين القديم ، وللمحال عليه عملا بالمادة ٣٢٠ من ذات القانون أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتسمك بها ، ذلك أن الدين ذاته ينتقل بأوصافه وضماناته ودفوعه من المدين الأصلى إلى المحال عليه ".

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥)

٣- " إذ كان الثابت بالأوراق أن مؤسسة مصر للطيران قد اشترطت لصالح ركبها الطائر بموجب وثيقة تأمين جماعى التزم فيه المؤمن الأصلى- شركة مصر للتأمين- أداء مبلغ التأمين لمن يفقد رخصة الطيران بسبب فقد اللياقة الطبية نهائيا ، وأن الطاعن- وهو صندوق تأمين خاص أنشئ طبقاً لأحكام القانون ٥٤ لسنة ١٩٧٥- قد حل محل الشركة سالفة البيان بمقتضى اتفاق بينه وبين المؤسسة المذكورة ، فانتقل إليه ذات الدين ، وإذ طالبه المطعون ضدهم الأحد عشر الأول بمبالغ التأمين ، تمسك بسقوط حقهم – عدا الأول والتاسع – فى الرجوع عليه لانقضاء ثلاث سنوات على تحقق الواقعة المنشئة للحق فى التأمين ، وهى فقد رخصة الطيران على النحو السالف ، وكان الحكم المطعون فيه قد ألزمه بمبالغ التأمين باعتباره محالا عليه ، إلا أنه اعتبره ليس بذى صفة فى التمسك بالدفع المشار إليه ، رغم أن الدين انتقل إليه بدفوعه ، فيكون له التمسك بتقادم الدعوى الناشئة عن عقد التأمين بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التى تولدت عنها الدعوى عملا بالمادة ١/٧٥٢من القانون المدنى وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، فإنه يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون – فىهذا الخصوص " .

(طعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ١٥/١-١/٢٠٠٠)

مـــادة (٣٢٢)

١- لا يستتبع بيع العقار المرهون رهنا رسميا انتقال الـدين المضمون بالرهن إلى ذمة المشترى إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك.

٢- فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الـدين ، وسـجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لايجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى اعتبر سكوته إقرارا .

الشـــرح

١٥٨- حوالـة الـدين المضـمون بـرهن إلى مشـترى العقـار المرهـون :

إذا بيع عقار مرهون رهنا رسميا تأمينا لدين على البائع ، فـإن القاعدة أن الدين المضمون بالرهن لا ينتقل إلى ذمة المشـترى إلا باتفاق خاص بين البائع والمشترى على حوالة الدين ، لأن الحوالة لا تفترض وبيع العقار المرهون ليس من شأنه افتـراض حوالــة الدين المضمون بالرهن ، بل لا بد أن يكون هناك اتفاق خاص على هذه الحوالة .

أما إذا لم يتفق البائع والمشترى على حوالة الدين، فـلا تكـون هناك ثمة حوالة للدين فتنتقل ملكية العقار إلى المشـترى محملـة بالرهن ولكن لا ينتقل إلى ذمة المشترى الدين المضمون بالرهن[١].

---

(١) السنهورى ص ٥٠٥ – سليمان مرقس ص ٤٢٤ .

فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو برفضها في ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأي اعتبر سكوته إقرارا.

وظاهر أن المشرع قد طبق في نص المادة (٣٢٢) أحكام الحوالة التى تتم باتفاق المدين الأصلى والمدين الجديد ، ولكنه خرج على تلك الأحكام فيما يأتى :

١- أنه لم يجز للمحيل والمحال عليه إعلان الدائن بالحوالة إلا بعد تسجيل عقد البيع ، لأنه رأى أنه لا يتعين العمل على انتقال الدين إلى ذمة المشترى إلا من وقت انتقال ملكية العقار إليه محملة بالرهن الضامن لهذا الدين . فإذا أعلنت الحوالة قبل التسجيل فلا يكون الإعلان باطلا ولكن أثره من حيث بدء سريان الميعاد الذى يجب على الدائن أن يبت خلاله برأى يتأخر إلى حين التسجيل فيبدأ الميعاد المذكور من تاريخ التسجيل فقط .

٢- اشترط فى هذا الإعلان أن يكون رسميا فى حين أن الفقرة الثانية من المادة ٣١٦ لم تشترط ذلك .

٣- عين ميعادا حتميا يستعمل فيه الدائن حقه فى الإقرار أو الرفض ، وحدد هذا الميعاد بستة أشهر لا يجوز الاتفاق على زيادته أو نقصه .

٤- رتب على انقضاء هذا الميعاد دون أن يبت الدائن برأى اعتبار سكوته إقرارا فى حين أن المادة ٣١٦ قد جعلت الأصل أن سكوت الدائن يعتبر رفضا للحوالة [١].

والحكمة من هذا هى الموازنة بين مصالح كل من المدين والدائن فالمشرع أراد بالنص على اعتبار سكوت الدائن فى هذه الحالة إقرارا لا رفضا للحوالة ، أن ييسر للمدين الأصلى سبيل التخلص من الدين بعد أن انتقلت ملكية العقار المرهون ضمانا لهذا الدين وذلك لتجتمع المسئولية الشخصية والعينية فى شخص المشترى. كما أن المشرع لم يهدر مصلحة الدائن إذ يستطيع أن يمنع هذا الانتقال ويستبقى مدينه الأصلى مسئولا شخصيا عن الدين بأن يرفض الحوالة ، لكن إذا سكت الدائن بعد إعلانه بالحوالة إلى أن انقضى ميعاد ستة الأشهر كان هذا السكوت إقرارا للحوالة لا رفضا لها [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- " تتناول هذه المادة صورة عملية بالغة الأهمية ، تعرض عند التصرف فى عقار مرهون ، مع تحمل الخلف بالدين الذى أنشئ الرهن لضمان الوفاء به .

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٢٥ .

(٢) السنهورى ص ٥٠٧ - نبيل إبراهيم سعد ص ٢٧٧ - عبد المنعم البدراوى ص ٨٩ ومابعدها .

فالواقع أن إنشاء رهن رسمى لضمان الوفاء بالدين يجعل عنصر المسئولية العينية أغلب من عنصر المسئولية الشخصية ، وبعبارة أخرى يصبح حق الرهن الرسمى فى هذه الحالة أصلا ، ولايكون لمسئولية المدين الشخصية عن الدين إلا منزلة الفرع من حيث التبعية . والغالب أن من يتصرف فى العقار المرهون يقصد إلى نقل الدين إلى الخلف ، والتحلل من المسئولية عنه ، فليس أسوأ من مركز مدين يظل مسئولا عن الدين شخصيا ، فى خلال فترة طويلة، بعد أن يكون قد تصرف فى العقار الذى رهن لضمان الوفاء بهذا الدين ، فإذا انصرفت نية المتصرف إلى التخلص من الدين أمكن أن يرتب على الحوالة التى تتم ، على هذا الوجه ، أن يصبح الخلف مسئولا عن الدين مسئولية عينية ومسئولية شخصية فى آن واحد ، وهو بهذه المثابة يسأل فى جميع أمواله ، إذا لم يكن العقار المرهون الذى آل إليه كافياً للوفاء بحق الدائن ، بيد أن مثل هذا الوضع ، رغم ما ينطوى فيه من نزوع إلى التمشى مع مقتضيات العمل ، والنزول على حكم المنطق ، قد يستتبع أحيانا تعريض الدائن لخطر جدى ، ولا سيما إذا كان متأخرا فى المرتبة، وكان فى شك من استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون . فأولى به ، فى هذا الحالة ، أن يبقى على دعواه قبل مدينه الأصلى ، متى كان مأمون اليسار ، من أن يرجع بهذه الدعوى على الخلف ، وقد لا يتوافر فيه

من ضمانات الملاءة ما يتوافر لدى الأصـيل . ومـؤدى هـذا أن مصالح الدائن قد تستهدف للخطر كلما كـان نصـيب المسـئولية الشخصية من الأهمية أعظم من نصيب المسئولية العينية ، كما هو الشأن فى تلك الحالة الأخيرة .

وقد قصد المشروع إلى التوفيق بين مصلحة الدائن ومصـلحة المتصرف- ومن الواجب أن يصفى مركزه ما أمكن حتى لايطول أمد بقاء مسئوليته عن الدين المضمون بالرهن بعـد بيـع العقـار المرهون- فقضى باعتبار الدائن مقراً للحوالة ، إذا لم يقم برفضها صراحة خلال ثلاثة أشهر من إعلانه بها ، اسـتثناء مـن أحكـام القواعد العامة .

٢- وقد استثنت المادة نفسها تحديد الميعاد من تلـك الأحكـام، فجعلت من الثلاثة الأشهر ميعاداً حتمياً لايجوز للمتعاقـدين إبدالـه بغيره . ولم يختر المشروع مذهب التقنين الألمانى فى تحديد الميعاد بستة أشهر ، إذ الأحجى ألا يترك المتصرف فى شك من أمره زمناً طويلا .

٣- ولم يستثن المشروع من حكم القواعد العامة (المادة ٤٤٧) تخويل كل من المدين الأصلى (المتصرف) والمحال عليه (الخلف) حق إعلان الدائن بالحوالة ، لأن لكليهمـا مصـلحة فيهـا . فمـن مصلحة أحدهما أن يتحلل من المسئولية عن الدين ، ومن مصـلحة

الآخر أن يتيقن من موقفه . ويراعى أن الحوالة تظل صحيحة بين المدين والمحال عليه ، دون أن تكون نافذة فى حق الدائن حتى يعلن بها .

٤- ورغم أن للبائع والمشترى حرية اختيار وقت إعلان الدائن بالحوالة ، إلا أن المشروع قد حد من تلك الحرية ، فأورد قيدين أحدهما يتعلق بالزمن والآخر يتعلق بالشكل :

(أ) فيراعى من ناحية أنه لا يجوز إعلان الحوالة قبل التسجيل. وينهض لتوجيه هذا القيد أن المشروع قد قصد إلى تحامى الفصل بين المسئولية الشخصية والمسئولية العينية عن الدين ما أمكن ، وأن من مصلحة المشترى أن تمتنع على الدائن مطالبته بمقتضى المسئولية الشخصية قبل أن تترتب مسئوليته العينية ، فيما لو أعلن بالحوالة من قبل. أما فيما يتعلق بالجزاء الذى يكفل نفاذ هذا الحكم، فقد تعرض للذهن صورتان : فيجوز أن يعتبر الاعلان السابق على التسجيل غير ذى أثر فى بدء سريان الميعاد الحتمى المنصوص عليه فى هذه المادة ، وعلى هذا لايبدأ سريان هذا الميعاد إلا من تاريخ التسجيل ، ويجوز أن يعتبر هذا الإعلان غير ذى أثر بالنسبة للمشترى . بيد أن الصورة الأولى هى الأولى بالقبول ، نظراً لتمشيها مع قاعدة وجوب إعمال التصرفات القانونية كلما تيسر ذلك.

(ب) ويراعى من ناحية أخرى أن النص قد التزم جادة السكوت فيما يتعلق بالشكل. وليس ينبغى أن يؤول هذا السكوت على غير وجهه، فالكتابة واجبة بداهة فى هذا الشأن ، كما أن من الواجب إنذار الدائن صراحة بما يترتب على سكوته ، نظراً لما هو ملحوظ من خطورة آثار عدم الرفض قبل انقضاء الميعاد ، والحق أن الكتابة ضرورة لا غناء عنها لدرء المفاجآت ، وهى خطر لا يستهان به بالنسبة لقليلى التجربة من الدائنين .

٥- فإذا أسفر الأمر عن وفاء المدين الأصلى للدائن بسبب بقاء مسئوليته الشخصية عن الدين رغم تعهد المشترى بتحمله عنه ، فلا ينقضى الرهن ويحل هذا المدين محل الدائن فى حقوقه ودعاواه فى حدود ذاك الوفاء.

٦- وقد قصد من العبارة الأخيرة فى الفقرة الثانية من هذه المادة إلى تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، حتى يحال بين الدائن وبين التحكم فى رفض الحوالة تعنتا وعنادا "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٦١ ومابعدها .

الباب الخامس
انقضاء الالتزامات
الفصل الأول
(الوفاء)
١ـ طرفا الوفاء
مادة (٣٢٣)

١- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة فى الوفاء، وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ .

٢- ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة فى هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض .

الشرح

١٥٩ـ المقصود بالوفاء :

الوفاء هو تنفيذ ذات الالتزام الذى التزم به المدين أيا كان محل الالتزام. فالوفاء بالمعنى القانونى لا يقتصر ، كما هو الحال فى معناه الدارج ، على تنفيذ الالتزامات التى يكون محلها دفع مبلغ من النقود . ويقصد بالتنفيذ هنا التنفيذ الاختيارى[1] .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٨١ .

١٦٠ـ ممن يصدر الوفاء ؟

يصدر الوفاء من :

١- المدين .

٢- نائب المدين .

٣- من أى شخص آخر تكون له مصلحة فى الوفاء .

٤- من أى شخص آخر ليست له مصلحة فى الوفاء .

ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

١- الوفاء من المدين :

الأصل أن يكون الوفاء من المدين ، لأنه الملتزم ويقع عليه واجب الوفاء بالتزامه ، ويجبر من ثم على الوفاء به إذا لم يف به اختيارا ، كما أنه صاحب المصلحة فى الوفاء بالتزامه ، حيث تبرأ به ذمته . ويعتبر الوفاء حقا له كما أنه واجب عليه . بل يجب على المدين فى بعض الحالات أن يؤدى التزامه بنفسه ، ولا يجوز له أن ينيب عنه فى تأديته شخصا غيره ففى الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين (م ٢٠٨ مدنى) [(١)].

٢- الوفاء من نائب المدين :

فى غير الحالات التى يجب فيها على المدين القيام بتنفيذ التزامه بنفسه ، يجوز أن يقوم بالوفاء نائب المدين ، فالوفاء كالشأن فى أى تصرف قانونى يجوز القيام به بطريق النيابة .

---

(١) السنهورى ص ٥٧٧- محمود جمال الدين زكى ص ١٩٣ .

ونائب المدين هو وكيله فى وفاء الدين وكالة عامة إذا كان الوفاء من أعمال الإدارة ووكالة خاصة إذا كان من أعمال التصرف .

وإذا كان المدين ناقص الأهلية أو عديمها قام بالوفاء الولى أو الوصى أو القيم ، ولا يجوز له الوفاء بنفسه لأنه ينقصه أهلية الأداء.

ويعتبر كل من الحارس وأمين التفليسة نائبا عن المدين فى الوفاء .

وقد يوكل المدين مصلحة البريد بالوفاء عن طريق حوالة البريد أو يوكل بنكا بالوفاء عن طريق الدفع للحساب الجارى للدائن فى هذا المصرف . ويكون المدين مسئولا عن أى خطأ يصدر من مصلحة البريد أو البنك[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يصح الوفاء من المدين نفسه أو ممن ينوب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية كالوصى أو الوكيل . على أن للدائن أن يستلزم الوفاء من المدين نفسه ، إذا كانت مصلحته تقتضى ذلك "[٢].

٣- الوفاء من شخص له مصلحة فى الوفاء :

قد يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين أو نائبه ، يكون ذا مصلحة فى الوفاء كالمدين المتضامن أو فى التزام غير قابل

---

(١) السنهورى ص ٥٧٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ص ١٦٩ .

للانقسام ، والكفيل الشخصى أو العينى وحائز العقار المرهون ، لأن كل أولئك ملزم بالدين أو ملزم بالوفاء به ، فيكون لهم حق الوفاء به ، وعليهم كذلك واجب الوفاء به ، ولايجوز للدائن تبعا لذلك أن يرفض الوفاء الذى يتقدم به أحدهم ولو اعترض عليه المدين .

وقد أوجبت الفقرة الأولى من المادة مراعاة ما جاء بالمادة (٢٠٨) مدنى ومقتضى هذه الدين أنه فى الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين[١] .

٤- الوفاء من شخص لا مصلحة له فى الوفاء :

يجوز أن يتم الوفاء من شخص لا مصلحة له فى الوفاء بالدين، كأن يتم الوفاء من قريب للمدين أو من صديق له ، أو يقوم به فضولى رأى المدين مهددا بإجراء التنفيذ القهرى على أمواله ، فأراد أن يسدى إليه خدمة مؤقتة بأن يوفى للدائن دينه على أن يرجع على المدين بعد بذلك بمقدار ما أوفى .

والقاعدة أن الدائن ملزم بقبول الوفاء إلا فى حالتين :

١- إذا كان الالتزام بعمل ، ونص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه (م٢٠٨ مدنى) .

٢- إذا تقدم الغير للوفاء بدين المدين فاعترض المدين على ذلك

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٩٣ - محمد لبيب شنب ص ١٥٤ .

وأبلغ الدائن هذا الاعتراض . ففى هذه الحالة يكون للدائن الخيار بين قبول الوفاء من الغير أو رفضه فلا يجوز قبول الوفاء ممن ليست له مصلحة فيه ، إلا إذا اعترض الدائن والمدين معا على هذا الوفاء . ولا يكفى فى ذلك اعتراض أحدهما استقلالا ، فإذا اعترض المدين على الوفاء جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله ، وإذا اعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله ما دام أن المدين لم يقم بإبلاغ اعتراضه إلى الدائن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويصح الوفاء أيضا من كل ذى مصلحة فيه ، كما هو الشأن فى أحوال الوفاء مع الحلول جميعاً . ويصح كذلك ممن ليست له مصلحة فيه ، كماهى الحال فيمن يقوم بقضاء الدين عن المدين تفضلا ، ولو على غير علم منه . بل وللغير أن يقوم بالوفاء ،رغم ممانعة المدين ، وفى هذه الحالة لا تكون له صفة الفضولى . ويلزم الدائن بقبول الوفاء من الغير ، فى هذه الأحوال جميعاً ، ولا يمتنع هذا الالتزام إلا حيث يعترض الدائن والمدين معاً على الوفاء من غير ذى مصلحة فيه . ولا يكفى فى ذلك اعتراض أحدهما استقلالا، فإذا اعترض المدين على الوفاء ، جاز للدائن رغم ذلك أن يقبله ، وإذا اعترض الدائن وحده كان للغير أن يلزمه بقبوله مادام أن المدين لم يقم بإبلاغ اعتراضه " [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٠ .

غير أن هذا الوفاء لا يبرئ ذمة المدين من الدين إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه يدفع دينا على نفسه ، فلا يعتبر وفاء لدين غيره .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ ومابعدها من القانون المدنى – لا تبرأ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه يدفع دينا على نفسه ، فلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجوز للموفى المطالبة باسترداده إعمالا لقاعدة دفع غير المستحق ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عند السداد إلى الوفاء عن الشركة– المطعون ضدها الناقلة – بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز فى الرسالة فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئا لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٧٦٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٦)

١٦١ـ إثبات الوفاء :

الوفاء تصرف قانونى ، ومن ثم فإنه يتبع فى إثباته القواعد العامة ، فلا يجوز – فى غير المواد التجارية – إثباته بغير الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه ما لم

يوجد اتفاق نص يقضى بغير ذلك (م٦٠ مــن قــانون الإثبــات) والعبرة بقيمة الالتزام الأصلى إذا كان الوفاء جزئيا .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " متى كانت محكمة الاستئناف قد نفت فى حدود سـلطتها التقديرية قيام المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول علــى دليــل كتابى واستلزمت فى إثبات دفع مبلغ المهر هذا الدليل الكتابى ، فقد كان هذا حسبها لتأسيس قضائها برفض الدعوى بالنسبة لهذا المبلغ مادام أن الطاعن لم يقدم ذلك الدليل ولم يكن على المحكمة بعد ذلك أن تناقش أقوال الشهود التى استند إليها الحكم الابتدائى الذى قضت بإلغائه ، ويعتبر كل ما ورد فى الحكم المطعون فيه فى شأن هــذه الأقوال زائدا على حاجة الدعوى لم يكن يقتضــيه الفصــل فيهــا ويستقيم الحكم بدونه " .

(طعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٠/٢٤)

٢- " النص فى المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " يدل علــى أنه يكفى الدائن إثبات نشأة الالتزام فيثبت بذلك انشغال ذمة المــدين به ويكون عليه بعد ذلك إثبات براءة ذمته منه ".

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨)

٣- " الوفاء باعتباره تصرفا قانونيا لايجوز إثباته بغير الكتابــة

أوما يقوم مقامها إذا كانت قيمته تزيد على عشرين جنيها (خمسمائة جنيه الآن) طبقا لنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات ، مما تكون العبرة فيه بقيمة الالتزام الأصلى إذا كان الوفاء جزئيا " .

(طعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧)

١٦٢- الوفاء بشيك أو حوالة بريدية :

يجوز الوفاء بشيك أوحوالة بريدية ترسل فى خطاب إلى الدائن، إلا أن الوفاء لا يتم إلا بقبض قيمة الشيك أو الحوالة البريدية ، وإذا نازع الدائن فى ذلك وقع عبء إثبات قبض الدين على عاتق المدين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مجرد إرسال خطاب موصى عليه من المدين للدائن يقول عنه المدين إنه كان به حوالة بريد بمبلغ الدين ، ويقول الدائن إنه حين لم يقبل تسلمه لم يكن يعلم بما احتواه هذا الخطاب – ذلك ، حتى مع صحة قول المدين ، لايعتبر طريق وفاء قانونى وخصوصا إذا لم يثبت أن الدائن كان يعلم باحتواء الخطاب لهذا المبلغ . ولقد كان من الواجب على المدين لكى تبرأ ذمته أن يعرض الدين عرضا حقيقيا " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/١١/١٦)

٢- " مفاد نصوص المادتين ٧٨٦، ٧٩٢ من قانون المرافعات أنه إذا كان الدين الثابت فى ذمة المدين مبلغا من المال وأراد أن

يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقودا دون غيرها . فإذا كان المشترى قد أودع حال المرافعة شيكا لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع وفاء بالثمن مبرئا لذمة المشترى من الدين فإنه يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل بقيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد " .

(طعنان رقما ٢٤٦، ٢٤٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٣)

٣- " لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرساله حوالة بريدية بقيمة الدين إلى الدائن ، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلا وعلى المدين إذا ادعى براءة ذمته من الدين إثبات ذلك ".

(طعن رقم ٥٨٥ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

١٦٣ـ الوفاء بعملة أجنبية :

راجع شراح المادة (١٣٥) .

مـادة (٣٢٤)

١- إذا قام الغير بوفاء بالدين ، كان له حق الرجـوع علـى المدين بقدر ما دفعه .

٢- ومع ذلك يجوز للمدين الذى حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا، إذا أثبت أن لـه أية مصلحة فى الاعتراض على الوفاء .

الشـرح

١٦٤ـ رجوع الغير الموفى على المدين :

لمن قام بالوفاء من الغير سواء كان له مصلحة فى الوفاء أو لم تكن له مصلحة أن يرجع بدعوى شخصية على المدين يسترد ، بها مقدار ما دفعه وفاء للدين . طالما كان غير متبرع للمدين بما وفاه.

ويختلف أساس هذه الدعوى ، فقد يكون الوكالة إذا كانت علاقة الموفى بالمدين قبل الوفاء تتضمن وكالة ضمنية بينهما فى الوفـاء كالعلامات بين المدينين المتضامنين ، وقد يكون الفضالة إذا كـان الوفاء الذى قام به الغير يعتبر شأنا عاجلا للمدين وتم فى الغالـب بغير علمه .

وقد يكون الإثراء بلاسبب ، إذا تم الوفاء رغم معارضة المدين.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

لمن يقوم بالوفاء من الأغيار أن يرجع على المدين ، إلا أن تكون نيته قد انصرفت إلى التبرع له ، فإذا تم الوفاء ، رغم اعتراض المدين ، فلا يكون لمن أوفى حق فى الرجوع إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب . وللمدين فى هذه الحالة أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، إذا أقام الدليل على أن له مصلحة فى اعتراضه على الوفاء (كما هو الشأن فى حالة المقاصة القضائية) [1].

ويشترط لرجوع الموفى على المدين أن يكون قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا فسرت محكمة الموضوع كلمة " مناولة " الواردة فى وصول بأنها لاتقطع بأن الموفى دفع الدين من ماله الخاص فإنها لا تكون قد انحرفت عن المعنى الذى تؤديه هذه العبارة ولم تخطئ فى تطبيق القانون إن هى أحالت الدعوى على التحقيق لإثبات أن المبلغ قد دفع من مال المتمسك بهذا الوصول " .

(طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٠/٢٨)

(أنظر نقض طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣ - منشور ببند ١٧٥) .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٢ .

كما يشترط أن تكون إرادة الموفى قد اتجهت إلى الوفاء بـدين غيره ، أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع دينا على نفسه ، فلا يعتبر هذا وفاء لدين على الغير .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذ كان الثابت فى الدعوى حسبما حصله المحكوم فيه أن بنك مصر اتخذ إجراءات التنفيذ على قطعة أرض مقام عليها منزل مملوك للمطعون عليه الأول اشتراه من المطعون عليه الثانى وآخر وذلك وفاء لدين مستحق للبنك على مدينه المالك الأصلى لهذه الأرض ، وقام المطعون عليه الأول بدفع الدين للبنك توقيا لبيع منزله ، ثم رفع دعواه الحالية يطالب مورث الطاعنين وهو البائع للبائعين له بهذا المبلغ ، فإن مفاد ذلك أن المطعون عليه الأول يرجع بما دفعه للبنك على مورث الطاعنين لا بوصفه مدينا شخصيا للبنك ، وإنما بوصفه بائعا للبائعين للمطعون عليه الأول ، وأن دفع الأخير دين البنك يعتبر بالنسبة لهذا البائع استحقاقا للمبيع فيجب عليه الضمان ويلتزم بأن يدفع للمطعون عليه الأول – المشترى – ما دفعه البنك . لا يغير من هذا النظر أن مورث الطاعنين التزم فى الإقرار المؤرخ ... بأن يدفع دين البنك أو أثمان العقارات المبيعة لأن ذلك من جانبه ليس إلا إقرارا بالتزامه بضمان الاستحقاق وتعديلا لأحكامه المنصوص عليها فى المادتين ٤٤٣ ،

٤٤٤ من القانون المدنى ، إذ يجوز للمتعاقدين طبقا للمادة ٤٤٥ من هذا القانون أن يتفقا على تعديل هذه الأحكام " .

(طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٦)

٢- " الوفاء بالدين من الغير لا يبرئ ذمة المدين إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين غيره أما إذا ظن الموفى وقت الوفاء أنه يدفع دينا على نفسه فلا يعتبر هذا وفاء لديه على الغير وإنما وفاء لدين غير مستحق يجيز للموفى المطالبة باسترداد ما وفاه على أساس قاعدة دفع غير المستحق " .

(طعن رقم ٢٨٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٢٥)

٣- " التزام المرسل إليه بأداء الضريبة الجمركية- وعلى ما جرى به قضاءه هذه المحكمة- قاصر على ما يستحق منها على البضائع التى يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية إلى داخل البلاد ، فإذا أوفى المرسل إليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر فإنه يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضريبة الخاصة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده ولا تبرأ به ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلك الضريبة إلا إذا اتجهت إرادة المرسل إليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل ، ذلك أن الوفاء بالدين عن الغير – وعلى ما يبين من نصوص المواد ٣٢٣ مابعدها – القانون

المدنى- لا يبرئ ذمة المدين منه إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلـى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه يدفع دينا على نفسـه فـلا يعتبر وفاء لدين غيره بل وفاء لدين غير مستحق فيجـوز للمـوفى المطالبة باسترداده إعمالا لقاعدة دفع غير المسـتحق . وإذ خلـت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته منذ السداد إلى الوفاء عن الشركة المطعـون ضـدها - الناقلـة- بالرسـوم الجمركية المستحقة عن العجز فى الرسالة فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئا لذمة المطعون ضدها يكون قـد خـالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٨)

٤- (أ) " التزام المرسل إليه بأداء الضريبة الجمركية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مقصورا على ما يسـتحق منهـا على البضائع التى يتم الإفراج عنها بعد مرورها بالدائرة الجمركية إلى داخل البلاد ، فإذا أوفى المرسل إليه بكامل الضريبة الجمركية المستحقة على الرسالة المشحونة بما فيها من نقص غير مبرر فإنه يكون قد أوفى بدين غير مستحق عليه بالنسبة للضـريبة الخاصـة بهذا النقص غير المبرر ومن ثم يجوز له استرداده، ولا تبـرأ بـه ذمة الناقل من الالتزام بأداء تلـك الضـريبة إلا إذا اتجهـت إرادة المرسل إليه عند السداد إلى الوفاء بها عن الناقل " .

(ب) -" الوفاء بالدين عن الغير - وعلى ما يبين من نصـــوص المواد ٣٢٣ ومابعدها من القانون المدنى- لا تبرأ ذمة المدين منـــه إلا إذا اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين هذا الغير ، أما إذا ظن أنه بدفع دينا على نفسه ، فلا يعتبر وُفاء لدين غيره بل وفاء لـــدين غير مستحق فيجوز للموفى المطالبة باسترداده إعمالا لقاعدة دفـــع غير المستحق ، وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن المرسل إليه قد اتجهت إرادته عند السداد إلى الوفاء عن الشركة - المطعون ضدها الناقلة - بالرسوم الجمركية المستحقة عن العجز فى الرسالة فـــإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر هذا الوفاء مبرئا لذمة المطعون ضدها يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٧٦٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٣/١٦)

٥- " المقرر فى قضاء محكمة النقض - وأخذا بمفهوم نـــص المادة ٣٢٣ من القانون المدنى- أن الوفاء بالدين يصـــح مـــن أى شخص له مصلحة فى الوفاء به وهذا الوفاء من شأنه إبـــزاء ذمـــة المدين من الدين متى اتجهت إرادة الموفى إلى الوفاء بدين غيـــره ومن ثم فإنه يجوز لغير المستأجر أن يقوم بدفع الأجـــرة المتـــأخرة كما يدفع الغير الدين عن المدين متى اتجهت إرادة هذا الغير للوفاء إبراء لذمة المستأجر ".

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/١/١٣)

١٦٥- تقادم دعوى الرجوع الشخصية :

رجوع الغير الموفى الذى ليس ملزما بالوفاء بما أوفاه على المدين، ينشأ حقه فيه من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات من هذا التاريخ .

" رجوع الغير الموفى- الذى ليس ملزما بالوفاء- بما أوفاه على المدين يكون بالدعوى الشخصية عملا بالمادة ٢٢٤ من القانون المدنى ، ولا ينشأ حق الموفى فى هذا الرجوع إلا من تاريخ وفائه بالدين ولا يتقادم إلا بانقضاء ثلاث سنوات تبدأ من هذا التاريخ ".

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

١٦٦- المنفعة شرط لرجوع الغير الموفى :

سواء رجع الغير الموفى على الدين بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء بلا سبب ، فإنه لايستطيع الرجوع بشئ إلا إذا كان الوفاء نافعا للمدين .

فإذا كان قد وفى دينا انقضى كله أو بعضه أو كان للمدين دفوع ضد الدائن، وكان الوفاء بغير أمر المدين ، كان الموفى مسئولا عن ذلك ، فلو أن المدين كان قد وفى الدين قبل أن يوفيه الغير أو وفى قسطا منه ثم وفاه الغير كله دون اعتبار للقسط الذى دفع ، فإن الغير فى الحالة الأولى لا يرجع بشئ على المدين لأن هذا قد وفى

الدين كله فلم يفد شيئا من الوفاء الذى قام به الغير، ويرجع فى الحالة الثانية بالباقى من المدين بعد استنزال القسط الذى وفاه المدين لأن هذا هو القدر الذى أفاد منه المدين .

ولو أنه كان للمدين دفع ضد الدائن وقت وفاء الغير له ، بأن كان له مثلا فى ذمة الدائن دين مماثل وكان يستطيع أن يتمسك بالمقاصة فينقضى الدين دون حاجة إلى الوفاء .

أو كان المدين يستطيع أن يطعن فى الدين بالإبطال لنقص الأهلية أو لعيب فى الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، أو كان يستطيع أن يطعن فيه بالبطلان لانعدام الإرادة أو لعيب فى المحل أو السبب أو الشكل ، فإن هذا كله يكون محل اعتبار عند رجوع الموفى على المدين ، فلا يرجع الأول على الثانى إلا بقدر ما أفاد الثانى من الوفاء [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لمن يقوم بالوفاء من الأغيار أن يرجع على المدين ، إلا أن تكون نيته قد انصرفت إلى التبرع له ، فإذا تم الوفاء ، رغم اعتراض المدين ، فلا يكون لمن أوفى حق فى الرجوع إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب . وللمدين فى هذه الحالة أن يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، إذا أقام الدليل على

(١) السنهورى ص ٥٨٣ ومابعدها .

أن له مصلحة فى اعتراضه على الوفاء (كما هو الشأن فى حالة المقاصة القضائية) (١).

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "الدعوى الشخصية التى يستطيع المتبوع الرجوع بها على تابعه هى الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٤ من القانون المدنى التى تقضى بأنه إذا قام الغير بوفاء الدين كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه . وهذه الدعوى سواء أكان أساسها الإثراء بلا سبب أو الفضالة لا يستطيع المتبوع الرجوع بها إذا كان قد أوفى التعويض للدائن المضرور بعد أن كان حق الدائن فيه قد سقط بالنسبة للتابع لأن هذا لم يفد شيئا من هذا الوفاء . وليس للمتبوع أن يرجع على تابعه بالتعويض الذى أوفاه عنه بالدعوى الشخصية التى قررها القانون فى المادة ٨٠٠ من القانون المدنى لكفيل قبل المدين ، وذلك لما هو مقرر من عدم جواز رجوع الكفيل بهذه الدعوى إذا كانت الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، وضمان المتبوع لأعمال تابعه هو ضمان قرره القانون لمصلحة الدائن المضرور وحده ".

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

٢- " لئن كان للأجنبى عن العقد الوفاء بالدين لمصلحة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٢ .

اقتصادية تعود عليه ويصبح وفاؤه حتى لو كان رغما عن المـــدين ويحق له بالتالى الرجوع عليه بدعوى شخصية لا بدعوى الحلـــول إلا أن شرط ذلك أن تعود من الوفاء منفعة على المدين ، فإذا أوفى بالتزام غير قائم أو بالتزام زال تبعا لعدم تحقق الشرط المعلق عليه انتفى حق الموفى فى الرجوع ".

(طعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٢) [١]

---

(١) منشور بمؤلف الدكتور المستشار محمد شتا التقنين المـــدنى جـــ٢ ص ١٠٥٨ ومابعدها .

مـــادة (٣٢٥)

١- يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الــذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف فيه .

٢- ومع ذلك فالوفاء بالشئ المســتحق ممــن لــيس أهــلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى .

الشـــــرح

١٦٧- شرطا صحة الوفاء :

يشترط لصحة الوفاء سواء كان الموفي هو المـــدين أو الغيـــر توافر شرطين هما :

الشرط الأول :

أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى أوفى به :

يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموفى مالكا للشئ الذى أوفى به . فإذا كان الموفى غير مالك لهذا الشئ ، فإن الوفاء يقع فـــى هـــذه الحالة باطلا ، وهذا البطلان مطلق لأنه يرجع إلى استحالة محـــل العمل القانونى . وبيان ذلك أن الوفاء بالتزام بإعطـــاء شـــئ إنمـــا يقصد به نقل ملكية ذلك الشئ من الموفى إلى الموفى له ، فإذا كان الموفى غير مالك استحال عليه أن ينقل إلى الموفى له ما لا يملك ، وانعدم بذلك أحد شروط انعقاد العمل القانونى [1].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٤ – عبـــد المـــنعم الصـــده ص ٩٧ – ويـــرى للمستشار أنور طلبه أن الوفاء يكون قابلا للإبطال ص ٢٤٧ .

وبناء على ذلك يجوز للموفى له أن يتمسك بهذا البطلان ، ويجوز له ذلك ولو كان يستطيع أن يكسب الحق العينى بالتقادم المكسب أو بالاستناد إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية لأن هذين الطريقين يرجع الأمر فيهما إلى الضمير ولا يجبر الشخص على التمسك بهما .

ويجوز كذلك للموفى أن يتمسك ببطلان الوفاء لأن من مصلحته أن يرد الشئ إلى مالكه حتى لا يتعرض فى المستقبل إلى مطالبته به . وفى هذه الحالة يبقى الدين فى ذمة المدين ويجوز للدائن مطالبته به .

ويجوز لمالك الشئ أيضا أن يتمسك ببطلان الوفاء ، ولو أنه فى غنى عن ذلك إذ الوفاء لا يكون نافذا فى حقه ولا يسلبه ماله رغما عنه .

أما المدين فلا يحق له أن يطالب ببطلان الوفاء واسترداد الشئ وفقا للقواعد العامة [١].

ويترتب على بطلان الوفاء وجوب رد محل الوفاء من الموفى له إلى الموفى ، ما لم يكن الموفى له قد استهلكه بحسن نية فلا يلزم برده[٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٧ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٣٤ – اسماعيل غانم ص ٣٨٣ .

أما إذا لم يتمسك أحد من الموفى أو الموفى له بـــالبطلان بعــد العلم بعدم ملكية الموفى ، فإن ذلك يعتبر منهما قبولا بتحول العمل القانونى من وفاء ناقل للملكية إلى اتفاق يتعهد الموفى بموجبـــه أن ينقل الملكية إلى الموفى له ، ولا يترتب على الوفاء سوى ما يترتب على مثل هذا التعهد .

الشرط الثانى :

توافر الأهلية فى الموفى :

يجب أن تتوافر لدى الموفى أهلية الوفاء . فالوفـــاء تصـــرف قانونى . وتختلف الأهلية المطلوبة بحسب ما إذا كان الموفى هـــو المدين أو الغير .

فإذا كان الموفى هو المدين وجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف فى محل الوفاء .

أما إذا لم يكن المدين أهلا للتصرف فيما وفى به كـــان وفـــاؤه قابلا للإبطال إذا كان الموفى مميزا ، أما إذا كان غير مميز فـــإن الوفاء يكون باطلا ولكن قد يقال إنه ليس لناقص الأهليـــة التمســـك بالبطلان، لأنه لو استرد ما دفع ، فإن الدين يظل قائما فـــى ذمتـــه ويتعين عليه أن يوفى به ثانية ، ويجوز للدائن أن يجبره على ذلك ، فيكون الأولى إذن الإبقاء على هذا الوفاء الذى تم ، وعدم إجـــازة إبطاله بالرغم من نقص أهلية من قام به [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٦ – اسماعيل غانم ص ٣٨٣ .

غير أن هذا القول مردود بأنه قد تكون هناك مصلحة لناقص الأهلية فى التمسك بالبطلان كأن يكون للدين أجل لم يحل وقت حصول الوفاء ، أو كأن يكون المدين قد اختار طريقة للوفاء ضارة به بأن اختار الشئ من صنف جيد وهو لا يلتزم إلا بصنف متوسط أو اختار أحد الشيئين فى التزام تخييرى وأراد الرجوع فى هذا الاختيار [(١)].

وإذا كان الموفى من الغير وقد قصد بالوفاء التبرع بما وفاه ، فلا يكفى أن تتوافر لديه أهلية التصرف ، بل يجب توافر أهلية التبرع . أما إذا لم يقصد الغير التبرع ، فيكفى أن تتوافر لديه أهلية التصرف فيما وفى به شأنه فى ذلك شأن المدين [(٢)].

١٦٨ـ عدم ترتب ضرر بناقص الأهلية من الوفاء :

الوفاء بالشئ المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا بالموفى .

ويكون الوفاء غير ضار بناقص الأهلية مثلا إذا قام بالوفاء بشئ مساو فى قيمته للشئ المتفق عليه .

والعلة فى ذلك أن المصلحة مناط الدعوى ، فإذا طلب المدين

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٣٣ – نبيل إبراهيم سعد ص ٣٦٧.

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٥٧ .

إبطال الوفاء فى هذه الحالة لا يحكم له به لانتفاء المصلحة ، فيظل الوفاء صحيحا ويترتب عليه انقضاء الالتزام [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترط فى الموفى ، سواء فى ذلك المدين أم الغير ، أن يكون مالكا لما وفى به ، وأن تتوافر لديه أهلية التصرف فيه . وغنى عن البيان أن الوفاء بالتزام بنقل حق عينى تتوافر فيه حقيقة التصرف، فلا يقع صحيحا إذا لم يكن الموفى مالكا لما يوفى به، وامتنع عليه ، تفريعا على ذلك ، أن يملكه للدائن . على أن الدائن قد يؤول إليه الملك بالتقادم ، أو بمجرد الحيازة فى المنقول .

فإذا كان للموفى حق الملك فيما أوفى به ، ولكن لم تتوافر لديه أهلية التصرف فيه ، كان الوفاء قابلا للبطلان ، وللمدين أن يسترد ما أداه إذا تمسك بهذا البطلان ، وقد تكون له مصلحة فى ذلك ، كما إذا عجل الوفاء وأراد أن ينتفع بفسحة الأجل ، وكما لو أراد أن يفى بشئ آخر مما يرد التخيير عليه فى التزام تخييرى ثبت له الخيار فيه . فإذا لم يلحق الوفاء أى ضرر بناقص الأهلية ، انتفت مصلحته فى التمسك بالبطلان ، وامتنع عليه الاحتجاج به . ومتى كان الوفاء بمأمن من البطلان ، ترتب عليه انقضاء الدين وبراءة ذمة المدين منه "[٢].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٥٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٥ .

مـــادة (٣٢٦)

إذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفى محل الـــدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه.

(ب) إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بما لــه من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين .

(ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان لحقوقهم .

(د) إذا كان هناك نص خاص يقرر لموفى حق الحلول .

الشـــرح

١٦٩ـ الدعوى الشخصية ودعوى الحلول :

إذا قام شخص غير المدين بالوفاء ، ولم يكن متبرعا كان له أن يرجع على المدين بقدر ما دفعه ، وذلك بدعوى شخصية تختلــف بحسب الأحوال . فهذه الدعوى تكون دعوى الوكالة إذا كان المدين قد وكلِ الموفى فى الوفاء ، وتكون دعوى الفضالة إذا كان الموفى قد وفى دون علم المدين أو بعلمه ولكن بدون معارضته ، وتكــون دعوى الإثراء بلا سبب إذا كان الوفاء قد تم رغم معارضة المدين.

والموفى فى رجوعه على المدين بالدعوى الشخصية إنما يرجع بدين جديد مستقل عن الدين القديم الذى انقضى بالوفاء ، وانقضــى تبعا لذلك ما يكفله من تأمينات وما يلحق به من توابع . وهذا هــو مؤدى الوفاء البسيط .

فإذا تيسر للغير الذى قام بالوفاء أن يحل محل الدائن فى دينه ، كان له بمقتضى ذلك، زيادة على الدعوى الشخصية، دعوى أخرى هى دعوى الحلول التى يرجع فيها على المدين بنفس الدين الذى كان للدائن، والذى بقىبتأميناته وخصائصه وتوابعه ودفوعه ، وهذا هو مؤدى الوفاء مع الحلول .

والغير الذى وفى يؤثر دعوى الحلول على الدعوى الشخصية فى أغلب الفروض ، لأن الدعوى الشخصية لا تحقق له ضمانا فتعرضه لإعسار المدين ، بينما هو فى دعوى الحلول يتمتع بما يضمن الدين من تأمينات وما يكون له من خصائص وتوابع ودفوع نافعة[1] .

على أن هناك أحوالا تقتضى مصلحة الموفى فيها أن يلجأ إلى الدعوى الشخصية :

ومثال ذلك :

١- أن يكون الدين الذى وقع الوفاء به لا ينتج فوائد أو كانت فائدته أقل من الفائدة القانونية ، فإن الموفى إذا كان وكيلا (م٧١٠ مدنى) أو فضوليا (م١٥٩ مدنى) يمكنه أن يطالب بالفوائد القانونية من يوم الوفاء .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١١٣ - اسماعيل غانم ص ٣٩٣ ومابعدها .

٢- إذا كانت دعوى الحلول تتقادم بعد وقت قصير ، كان الأفضل التمسك بالدعوى الشخصية لأنها لا تتقادم إلا بمضى خمس عشرة سنة من يوم الوفاء .

٣- إذا كان الوفاء بجزء من الدين فإن الدائن يتقدم على الموفى فى استيفاء ما بقى له إذا حل الموفى محله (م ١/٣٣٠ مدنى) ، ولكن إذا التجأ الموفى إلى الدعوى الشخصية فلا يتقدم الدائن عليه ويتقاسمان قسمة الغرماء [١].

والحلول قد يكون قانونيا أى فى الحالات التى ينص عليها القانون ، وقد يكون اتفاقيا إذا اتفق الغير مع الدائن أو مع المدين على الحلول .

١٧٠ـ حالات الحلول الواردة بالمادة يكون فيها الموفى غيرا له مصلحة فى الوفاء بالدين :

الموفى فى جميع أحوال الحلول القانونى الواردة بالمادة يكون غيرا له مصلحة فى الوفاء بالدين ، فله والحال هذه ، أن يوفى رغم إرادة المدين والدائن على حد سواء ، وبذلك يتم له الحلول بحكم القانون محل الدائن الذى استوفى حقه [٢].

ويراعى أن هناك حالات أخرى للحلول نشير إليها فيما بعد.

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١١٤ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص١٧٨.

١٧١- حالات الحلول القانونى المنصوص عليها بالمادة :

أوردت المادة أربع حالات للحلول القانونى ، نعرض لها فيما يلى :

(أ) - إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه .

فإذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين فإنه يحل محل الدائن فيما يتبقى بعد استنزال نصيبه من الدين ومثال ذلك المدين المتضامن والمدين فى دين غير قابل للانقسام .

وإذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين فإنه يحل محل الدائن فى كل الدين . ومثله الكفيل الشخصى والكفيل العينى ، وهو من يقدم عينا ضمانا لدين على آخر دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين ، والحائز للعقار وهو كل من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين ، كأن يكون مشتريا أو موهوبا له أو موصى له ، وان كان القانون قد أفرد نصا خاصا لمشترى العقار المرهون (م ٣٢٦/ج) كما سنرى [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١١٦ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... وتعرض أولى حالات الحلول القانونى حيث يكون الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه ، كالمدين المتضامن ، والمدين بدين غير قابل للانقسام ، والكفيل الشخص ، أو العينى أو الحائز . على أن المشروع قد أفرد لحلول الحائز نصا خاصا "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الواقع فى الدعوى أن الشركة المؤمنة قد دفعت للمؤمن له مبلغ التأمين الذى استحق عليها الوفاء به بوقوع الخطر المؤمن منه فإن هذا الوفاء من جانبها ليس إلا تنفيذا لالتزامها تجاه المؤمن له فلا مجال مع هذا لتأسيس حق شركة التأمين فى الرجوع على الغير الذى تسبب بفعله فى وقوع هذا الخطر على دعوى الحلول ذلك أن رجوع الموفى على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون الموفى قد وفى للدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين لا بدين مترتب فى ذمته هو - أما الاستناد إلى أحكام الحوالة فيحول دونه - أن واقعة الدعوى تحكمها فى شأن الحوالة نصوص القانون المدنى القديم الذى حررت فى ظله وثيقة التأمين وإقرار المؤمن له المتضمن إحلاله الشركة المؤمنة فى حقوقه وتنازله لها عن التعويض المستحق له قبل الغير - وإذ نصت المادة ٣٤٩ منه على

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٨ .

أنه لا تنتقل ملكية الديون والحقوق المبيعة ولايعتبر بيعها صحيحا إلا إذا رضى المدين بذلك بموجب كتابة - وكان لا يتوفر فى واقعة هذه الدعوى وجود كتابة من المدين تتضمن رضاءه بالحوالة - فإنه لا مجال كذلك لإقامة هذا الحق على أساس من الحوالة " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/١/١)

٢- " لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة فى الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين لا بدين مترتب فى ذمته هو مما لايتحقق بالنسبة لشركة التأمين إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الالتزام المترتب فى ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين ".

(طعن رقم ٢١٨ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠)

٣- " إذا كان أساس رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه ، حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين - حلولا مستمدا من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل، ومستندا إلى المادتين ١/٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه وأن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق

من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع ، وكان القرض المكفول – عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه – فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلى فيه بما له من خصائصه ومنها صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)

٤- " دعوى الحلول التى يستطيع المتبوع- وهو فى حكم الكفيل المتضامن – الرجوع بها على تابعه عند وفائه بالتعويض للدائن المضرور هى الدعوى المنصوص عليها فى المادة ٧٩٩ من القانون المدنى والتى ليست إلا تطبيقا للقاعدة العامة فى الحلول القانونى المنصوص عليها فى المادة ٣٢٦ من القانون المدنى والتى تقضى بأن الموفى يحل محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بوفاء الدين عن المدين . وإذا كان للمدين فى حالة الرجوع عليه بهذه الدعوى أن يتمسك فى مواجهة الكفيل بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن فإن من حق التابع أن يتمسك قبل المتبوع الذى أوفى التعويض عنه للمضرور بانقضاء حق هذا الدائن قبله بالتقادم الثلاثى المقرر فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى لدعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع على أساس أن اختصامه فى الدعوى تم بعد اكتمال هذا التقادم

بالنسبة إليه وعلى أساس أن رفع المضرور الدعوى على المتبوع لا يقطع التقادم بالنسبة إليه (التابع) والتقادم هنا لا يرد على حق المتبوع فى الرجوع على التابع وإنما على حق الدائن الأصلى الذى انتقل إلى المتبوع بحلوله محل الدائن (المضرور) فيه والذى يطالب به المتبوع تابعه ، ذلك بأن المتبوع حين يؤدى التعويض للدائن المضرور ، فإنه يحل محل هذا الدائن فى نفس حقه وينتقل إليه هذا الحق بما يرد عليه من دفوع " .

(طعن رقم ٥٤٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣٠)

(ب)- الوفاء لدائن متقدم :

عبرت عن هذه الحالة المادة فى فقرتها (ب) بقولها : " إذا كان الموفى دائنا وفى دائنا آخر مقدما عليه بما له من تأمين عينى ، ولو لم يكن للموفى أى تأمين ".

وصورة هذه الحالة أن يكون هناك عقار مرهون لدائنين على التوالى ، فيرى الدائن المتأخر فى المرتبة أن مصلحته أن يوفى بحق الدائن المتقدم الذى يوشك أن يباشر إجراءات التنفيذ فى وقت غير ملائم ، فإذا ما حل محله فإنه يستطيع أن يعود إلى مباشرة هذه الإجراءات فى وقت أكثر ملاءمة حتى يكفى ثمن العقار لوفاء الدينين معا . وقد يرى الدائن العادى أن من مصلحته أن يقوم بالوفاء بحق دائن مرتهن كى يفيد من مزايا الحلول .

ويلاحظ أن الدائن المتقدم فى المرتبة إذا وفى بحق دائن متأخر فإنه لا يحل محله حلولا قانونيا ، لأن النص لا يشمل هذه الحالة ، ونصوص الحلول القانونى جاءت على خلاف الأصل فلا يتوسع فى تفسيرها . فالحلول فى هذه الصورة لا يكون إلا بالاتفاق [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الحالة الثانية ، فهى حالة الوفاء من أحد الدائنين لدائن آخر مقدم عليه بماله من تأمين عينى . فلو فرض أن عقارا رهن لدائنين على التوالى ، فللدائن المتأخر مصلحة فى الوفاء بحق الدائن المتقدم والحلول محله فيه . فقد يوفق بذلك إلى وقف إجراءات التنفيذ إذا كانت قد بوشرت فى وقت غير ملائم على أن يعود إليها متى استقامت الأحوال . وقد يتيسر له أحيانا أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى قام بأدائه . وقد يكون من مصلحة أحد الدائنين العاديين أن يقوم بالوفاء بدين الدائنين المرتهنين حتى يفيد من مزايا الحلول .

ويراعى أن الدائن المتقدم فى الرتبة لا يحل حلولا قانونيا إذا وفى دائنا متأخرا عنه حتى يتيسر له وقف إجراءات التنفيذ لعدم ملاءمة الظروف ، فالحلول لا يتم فى هذه الحالة إلا بالتراضى" [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١١٦ – اسماعيل غانم ص ٣٩٥ ومابعدها .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٨ وما بعدها .

(ج)- وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون :

حائز العقار ، هو من انتقلت إليه ملكية عقار مرهون (أو محمل بحق اختصاص أو امتياز) ، دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين المضمون بالرهن ، للدائن المرتهن ، بمقتضى ماله من حق التتبع ، أن يباشر إجراءات التنفيذ على العقار رغم انتقال ملكيته من المدين إلى الحائز .

وقد يرى الحائز فى هذه الحالة أن يوفى للدائن المرتهن بدينه لكى يتجنب التنفيذ على عقاره ، فيحل بذلك محل الدائن المرتهن فى كافة حقوقه .

فإذا كان الدين الذى وفى به مضمونا بالإضافة إلى الرهن ، بكفالة كان للحائز أن يرجع على الكفيل. وإذا كان هناك رهن على عقار آخر ، ضمن هذا الرهن حق الحائز قبل المدين بل إن الحلول يشمل الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، فيحل فيه محل الدائن المرتهن ، وبالتالى يصبح له رهن على عقاره ، وتظهر مصلحته فى ذلك إذا كان العقار مثقلا برهن تال فى المرتبة . فإذا باشر الدائن المرتهن الثانى إجراءات التنفيذ على هذا العقار ، كان للحائز أن يتقدم عليه فى الاستيفاء من ثمن العقار بما أداه للدائن المرتهن الأول .

وإذا كانت قيمة العقار لا تكفى إلا لسداد الدين الأول ، فقد يكون ذلك حافزا للدائن المرتهن الثانى إلى الامتناع عن التنفيذ ،

لأن الثمن الذى سيحصل من البيع سيختص به الحائز بوصفه قـد حل محل الدائن المرتهن الأول [١].

ويلاحظ أن المادة (٣٢٦/ج) لم تتعرض إلا لحالة واحدة مـن حالات حائز العقار . وهى حالة ما إذا كان الحائز قد تلقى ملكيـة العقار عن طريق الشراء ولم يكن قد دفع الثمن بعد إلى البائع فقـام بالوفاء بدين الدائن من ذلك الثمن ، غير أن ذلك كله ليس بشرط . فمن ناحية نجد أن المادة (١٠٦١) تقرر الحلول للحـائز بصـفة مطلقة ، سواء كان مشتريا أم تلقى الملكية بسبب آخر . وسواء كان المدفوع من الثمن أم لا . ومن ناحية أخرى فـإن حـائز العقـار المرهون (أو المحمل بالاختصاص أو الامتيـاز) يعتبـر ملزمـا بوفاء الدين عن المدين ، فهو إذن ممن ينطبق عليهم نـص المـادة ٣٢٦/١ ، ولو لم يكن مشتريا ولو لم يوف من الثمن . والسبب فى أن المشرع قد عنى بأن ينص بصفة خاصة على حالـة المشـترى الذى يوفى الدين من الثمن أن تلك هى الحالة الغالبة [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- أما الحالة الثالثة فتتحقق حيث يكون الموفى قـد اشـترى عقارا وأدى ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم ، كما

---

(١) اسماعيل غانم ص ٣٩٦ – محمود جمال الدين زكى ص ١٩٦ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٣٩٧ .

هو الشأن فى الحائز . فقد يتاح للموفىٰ ، فى هذه الحالة ، أن ينتفع من تأمينات أخرى خصصت لضمان الدين الذى أداه . وقد تكون له مصلحة فى أداء ثمن العقار للدائنين المرتهنين المتقدمين فى الرتبة ، دون أن يقوم بتطهيره، متى وثق من أن الثمن الذى يرسو به مزاده لا يكفى للوفاء بديون من وفاهم وحل محلهم ، فيما لو باشر إجراءات التنفيذ غيرهم من الدائنين المتأخرين فى الرتبة "[1].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" حائز العقار المرهون– طبقا للمواد ٣٢٠، ٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى ملزم بالدين عن المدين ، وينبنى على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدارما أداه ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول ، انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه ".

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٤– إذا كان هناك نص يقرر للموفى حق الحلول :

الحق فى الحلول قد يتقرر للموفى بنص خاص ومثال ذلك ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٥٠ من قانون التجارة الجديد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٩ .

من أنه : " ويجوز قبول الكمبيالة أو وفاؤها من شـخص يتـدخل لمصلحة أى مدين بها يكون مستهدفا للرجوع عليه ، وذلـك مـع مراعاة الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية " .

وماتنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ من أنه : " يكتسب من أوفى كمبيالة بطريق التدخل جميع الحقوق الناشئة عنها قبل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجـب الكمبيالة . ومع ذلك لايجوز للموفى بالتدخل تظهير الكمبيالة مـن جديد " .

ويبين من هذين النصين أن وفاء الكمبيالة بطريق التدخل يحـل به الموفى حلولا قانونيا محل حامل الكمبيالة مثل من حصل الوفاء لمصلحته وقبل الملتزمين تجاه هذا الشخص بموجب الكمبيالة [١].

ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٧٧١ مدنى من أنه : " يحل المؤمن قانونا بما يدفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التـى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنـه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريبـا أو صـهرا للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة، أو شخصـا يكـون المؤمن له مسئولا عن أفعاله".

(أنظر فى التفصيل المجلد شرح المادة ٧٧١) .

---

(١) السنهورى ص ٥٩٥ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وثمة أحوال أخرى يخول القانون الموفى فيها حـق الحلـول بنص خاص ، فمن ذلك مثلا حلول موفى الكمبيالة بطريق التوسـط محل الحامل فى حقوقه (المادة ١٥٨/١٦٥ من تقنين التجارة)" [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٧٩ .

مــادة (٣٢٧)

للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مــع هــذا الغير على أن يحل محله ، ولو لم يقبل المدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء .

الشـــرح

الحلول الاتفاقى :

١٧٢ـ المقصود بالحلول الاتفاقى :

الحلول الاتفاقى ، هو اتفاق الموفى سواء مع المدين أو الــدائن على أن يحل الموفى محل الدائن ، فينتقل بناء على هذا الاتفاق حق الدائن إلى الموفى .

ولا يفقد الموفى بهذا الاتفاق حقه فى رفع دعواه الشخصـــية ، فيكون له أن يختار بين هذه الدعوى ودعوى الحلول وفقا لمصلحته ويكون هذا بالطبع فى غير الحالات التى يكون فيها الحلول قانونيا.

وقد جـاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يكون الحلول اتفاقيا ، فلا يتم بحكم القانون ، كما تقدم بيان ذلك ، بل يتم بتراضى الدائن أو المدين مع الموفى .

فإذا لم تتوافر فى الموفى شرائط الحلول فى الأحوال المنصـــوص عليها فى القانون جاز له أن يحل محل الدائن ... الخ"[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٠.

١٧٣ـ شرطا الاتفاق مع الدائن على الحلول :

يشترط لصحة الاتفاق على الحلول بين الموفى والدائن شرطان هما :

١- اتفاق الموفى والدائن على الحلول:

يشترط لصحة الحلول الاتفاقى اتفاق الموفى والدائن على أن يحل الموفى محل الدائن فى حقوقه قبل المدين .

والمدين ليس طرفا فى هذا الاتفاق، ومن ثم لايشترط رضاؤه .

والدائن حر فى إحلال الموفى محله أو عدم إحلاله ، وهو حر أيضا فى تحديد مدى هذا الإحلال فقد يحله محله فى بعض ضمانات الدين دون بعض ، فيحله فى الرهن والامتياز دون أن يحله فى الكفالة[1] .

وكانت المادة (٤٦٢) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٣٢٧) تشترط أن يكون الاتفاق بورقة رسمية ، إلا أن هذا الشرط حذف فى لجنة المراجعة[2] ، ومن ثم أصبح لا يشترط فى الاتفاق شكل خاص ، فأى تعبير عن الإرادة له معنى الحلول يكفى .

٢- إتمام الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر :

فلا يصح أن يتأخر الاتفاق على الحلول عن وقت الوفاء .

وقد أراد الشارع بهذا الشرط أن يحول دون تواطؤ الدائن مع

---

(١) السنهورى ص ٥٩٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨١.

المدين للإضرار بحق دائن متأخر فى المرتبة . فلو أجيز الاتفاق على الحلول بعد الوفاء لأمكن بعد أن يستوفى الدائن حقه أن يتواطأ الدائن مع المدين ، فيتفقان غشا على حلول شخص من الغير ، وبذلك يفوتان حق دائن مرتهن آخر متأخر فى المرتبة [١].

على أنه يلاحظ أن هذا الشرط مطلوب من الناحية الفنية ، ولو لم ينص عليه المشرع. فالوفاء ينقضى به الدين وتوابعه ، ولا يمكن أن يبعث شئ من ذلك ثانية بالاتفاق على الحلول بعد الوفاء ، لأن دعوى الحلول تكون قد انقضت نهائيا . ومن هذا لا يمكن من الناحية القانونية الفنية أن يكون هناك حلول بعد الوفاء[٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد قصد من هذا الشرط إلى درء التحايل ، فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه ، فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى الرتبة ، فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء "[٣].

والغالب أن يثبت الاتفاق على الحلول فى المخالصة التى يعطيها الدائن للموفى.

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١١٨ – محمود جمال الدين زكى ص ١٩٨ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١١٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨١.

ويراعى أن المادة ١٥/هـ من قانون الإثبات أجازت للقاضـــى ألا يطبق حكم ثبوت التاريخ على المخالصات . ولم يجعـــل هـــذا الاستثناء مطلقا حتى يمكن للقاضى أن يفرق بين المخالصات التـــى تتضمن وفاء عاديا وتلك التى تثبت وفاء مع الحلول ، فالأولى هى التى لا يشترط فيها ثبوت التاريخ ، بينما يشترط ذلك فـــى الثانيـــة لأنها لا يقتصر على إثبات الوفاء بل تتضمن إلى جانب ذلك اتفاقـــا على الحلول ، وعليه فالمخالصة التى تثبت اتفاقا على الحلول يجب أن يكون تاريخها ثابتا للاحتجاج بها على الغير ، كموف ثان أحلـــه الدائن أو محال له أو دائن حاجز [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الواقع هو أن بائع العقار قد نزل عن أسبقيته فى الامتياز إلى دائن مرتهن متأخر عنه فى الدرجة بموجب عقد حلول مؤشر به فى السجلات العقارية على هامش تسجيل عقـــد الـــرهن وكان الدائن المرتهن إذ طلب تخصيصه بدينه فى مرتبة الرهن قـــد طلب المرتبة التى تخولها إياه المستندات المقدمة منه وهى اعتباره حالا محل البائع فى امتيازه وكان قاضى التوزيع أغفل شأن هـــذه المستندات المقدمة ، فإذا ناقض الدائن المرتهن وطلب الدرجة التى

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١١٨ – السنهورى ص ٦٠٠.

يستحقها فلا يصح أن يعترض عليه - وفقا لما كان يقرره قانون المرافعات المختلط - بأنه يطلب درجة لم يطلبها من قاضى التوزيع متى كانت هذه الدرجة ثابتة من المستندات التى سبق تقديمها فى الميعاد قبل تحرير قائمة التوزيع المؤقتة ".

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/١٦)

٢- " تنص المادة ٣٢٧ من القانون المدنى على أن للدائن الذى استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ، ومفاد ذلك أنه يشترط للحلول فى هذه الحالة وعلى ما ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدنى - أن يتفق الموفى والدائن على الحلول ولا ضرورة لرضاء المدين به وأن يتم الاتفاق على الحلول وقت الوفاء على الأكثر وقد قصد من هذا الشرط الأخير إلى درء التحايل فقد يتواطأ الدائن مع المدين بعد أن يكون هذا قد استوفى حقه فيتفقان غشا على حلول أحد الأغيار لتفويت حق دائن مرتهن ثان متأخر فى المرتبة فيما لو أقر النص صحة الاتفاق على الحلول بعد الوفاء ".

(طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٢)

مــادة (٣٢٨)

يجوز أيضا للمدين إذا اقترض مالا وفى بـــه الـــدين أن يحـــل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه ، ولو بغير رضــاء هــذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القــرض أن المـــال قـــد خصـــص للوفاء، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد .

الشـــرح

١٧٤ـ حلول المقرض محل الدائن :

قد يحل أجل الدين دون أن يكون لدى المدين ما يكفـــى للوفـــاء به، فيضطر إلى الاقتراض من الغير لكى يوفى للدائن حقه ، أو أراد التخلص من الدائن إن كان يقتضى منه فائدة باهظة أو يشهر به ، فأجاز له النص أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه .

ويشترط لذلك ما يأتى :

١- أن يقترض المدين من الغير مبلغا لوفاء الدين . ولما كـــان عقد القرض يحتج به على الدائنين السابقين وهم يعتبرون من الغير بالنسبة إليه ، وجب طبقا للقواعد العامة أن يكون ثابت التاريخ.

٢- أن يذكر فى عقد القرض أن المبلغ المقتــرض مخصـــص لوفاء الدين الأول ، وأن المدين اتفق مع المقرض على إحلاله محل الدائن . ولا يشترط أن يقبل الدائن ذلك [١].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١١٩ – اسماعيل غانم ص ٣٩٨ .

ولايشترط أن يكون الحلول بورقة رسمية، وكانت المادة (٤٦٣) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٣٢٨ مدنى) تشترط ذلك ، إلا أن هذا الشرط حذف فى لجنة المراجعة " لعدم ضرورته "[١].

٣- أن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد وأن تكون المخالصة ثابتة التاريخ. وهذا الشرط مستفاد من القواعد العامة ، لأن المخالصة يراد أن يحتج بها على الدائنين اللاحقين وهم من الغير ، ويراد بها إحلال دائن جديد محل دائن قديم فلابد أن تكون ثابتة التاريخ . وهذه هى الحالة التى نظر إليها المشرع عندما استثنى فى المادة ١٥/هـ من قانون الإثبات المخالصات من حكم ثبوت التاريخ وعندما خول القاضى سلطة تقديرية فى عدم تطبيق هذا الحكم على المخالصات تبعا للظروف ، إذ أراد بذلك أن يمكن القاضى من عدم اشتراط ثبوت التاريخ فى المخالصات العادية ومن اشتراطه فى المخالصات المثبتة لوفاء مع الحلول [٢].

ومقتضى ذكر أن الوفاء من المال الذى أقرضه الغير للمدين بعقد القرض والمخالصة ، أن يتم الاتفاق على الحلول قبل أو وقت الوفاء وذلك لمنع وقوع أى غش من المدين . فقد يكون هناك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٤.

(٢) سليمان مرقص ص ٤٦٩ – محمود جمال الدين زكى ص ١٩٩.

دائنان مرتهنان على التوالى ، ثم يفى المدين من ماله للدائن الأول فيصبح الدائن الثانى صاحب المرتبة الأولى . فيأتى المدين بعد ذلك ويقترض مالا من شخص يحله محل الدائن الأول على اعتبـــار أن الوفاء قد تم بالمال المقترض فيضار من هذا الدائن الثانى ، فهــذا الضرب من الغش يحول دونه الشرط المذكور "(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يتم الحلول الاتفاقى برضاء المدين ، دون تدخل الــدائن ، فقد يقترض المدين من الغير مبلغا يخصص للوفاء بدينه علـــى أن يحل هذا الغير محل الدائن الذى استوفى حقه . فــإذا اتفــق علـــى الحلول بين المدين والغير فى مثل هذا الفرض ، وجــب أن يفــرغ الاتفاق فى محرر رسمى (أنظر المادة ٢٢٧ من التقنين المختلط)، شأنه من هذا الوجه شأن الاتفاق على الحلول بين الدائن والغيــر . وقد قصد إلى إفساد ضروب التحايل . فأوجب المشروع أن يــذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء بالدين . وأن يذكر فى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد.

ويراعى أن هذا القيد يحول بين المدين وبين الإفادة من تأمينات من يقوم بإيفاء حقه من الدائنين ، من طريق إحلال أحــد الأغيــار

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١١٩ .

محله ، وقد يصح التساؤل عما إذا كان فى تقييد حق المدين على هذا النحو مايفوت عليه فرصة الانتفاع من استغلال ما يولى له من الائتمان على أساس الرهن الأول ، مع أن احتفاظ الدائن المرتهن المتأخر برتبته هذه لايجعل له فيما لو رفع التقييد وجهاً للشكوى (قارن نظام صكوك الرهن العقارى أو "تيسير الائتمان فى العقارات الزراعية " فى التقنينات الجرمانية). وقد رئى إفساح المجال للاختيار فشفعت المادة ٤٦٣ بصيغة أخرى ، تنزل منزلة البديل من صيغتها الأولى . وقد نص فى هذه الصيغة الأخرى على أن للمدين أن يحل من أقرضه محل الدائن ، على أن يكون الحلول بورقة رسمية ، دون إشتراط إتمام عقد القرض فى وقت سابق على الوفاء أو معاصر له . وغاية ما هنالك ، أنه اشترط أن يكون التأشير بهذا الحلول على هامش القيد الأصلى قد تم قبل أن يسجل تنبيه عقارى صدر من دائن آخر ، لأن من حق هذا الدائن ألا يعتد بأى قيد تال لتسجيل ذلك التنبيه [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٣.

مـــادة (٣٢٩)

من حل قانوناً أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله مـــن تأمينـــات ، وما يرد عليه من دفوع ، ويكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه من ماله من حل محل الدائن .

الشـــرح

آثـار الحلــول :

١٧٥ـ حلول الموفى محـل الدائن :

تترتب على الحلول آثار واحدة ، سواء أكان قانونيا أم اتفاقيا إذ يحل الموفى محل الدائن فى ذات الحق الذى كان لـــه . فيســتطيع اقتضاؤه من المدين كما كان يستطيع هذا الأخير .

فيحل الموفى محل الدائن فى حقه، بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليـــه مـــن دفوع .

ونورد هذه العناصر فيما يلى :

١- خصائص الحق :

ينتقل الحق إلى من تم الحلول له بماله من خصائص كمـــا إذا كان تجاريا أو كانت له مدة تقادم خاصة أو كان السند المثبت لـــه واجب التنفيذ .

٢- توابع الدين :

فإذا كان حق الدائن ينتج فوائد أو تعلق به دعوى فسخ ، كما لو كان ثمنا ، ظل ينتج هذه الفوائد واستطاع الموفى اقتضاؤها ، وبقيت له دعوى الفسخ واستطاع الموفى رفعها .

٣- تأمينات الدين :

إذا كان حق الدائن بتأمينات عينية ، كرهن أو امتياز أو اختصاص ، أو شخصية كالكفالة أو التضامن مع مدين آخر ، بقيت هذه التأمينات للموفى ، وأفاد منها فى اقتضاء الحق الذى حل فيه محل الدائن .

٤- دفوع الحق :

يتحمل الموفى ما يرد على حق الدائن من دفوع لأنه يحل محله فى نفس حقه ، كأسباب البطلان والانقضاء ويستثنى من ذلك ما يتصل بشخص الدائن كالقصر . فإذا كان الدائن قاصرا وطالب المدين بالوفاء كان للأخير أن يدفع بقصر الدائن إذ لا يكون الوفاء صحيحا فى حالة قصر الدائن ، إلا أن المدين لا يستطيع التمسك بهذا الدفع قبل الموفى كامل الأهلية [1].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٩٩ ومابعدها - المستشار أنور طلبه ص ٢٦١ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١- الأصل فى الالتزام أن ينقضى بالوفاء ، ومتى انقضى على هذا الوجه ، انقضى تبعاً لذلك ما يتصل به من الملحقات وأخصها التأمينات الشخصية والعينية ، والفوائد التى تم استحقاقها من قبل (أنظر المادة ١١٤ من تقنين الالتزامات السويسرى) . على أن هذا الحكم لا يجرى على إطلاقه بل يجب التحفظ فى شأنه فيما يتعلق بالوفاء مع الحلول حيث تظل التأمينات قائمة ، بل يظل الالتزام قائما لصالح من تم الحلول له .

٢- ينحصر أثر الحلول قانونياً كان أو اتفاقياً فى إحلال الموفى محل الدائن فى الحق الذى استوفاه ، وعلى هذا النحو يظل الحق قائماً بعد الوفاء ، وهو أمر يشق ترجيهه من الناحية الفقهية . ومهما يكن من شئ ، فلفكرة الحلول نصيبها من التراكب فهى تبدو عند إمعان النظر فيها وفاء تترتب عليه براءة الذمة فى صلة الدائن بالمدين ، وهى تتمثل فى صورة من صور الاستخلاف على الحق فى صلة الدائن بالموفى حتى لتكاد تشتبه بالحوالة . على أن بين الحلول والحوالة من دقيق الفوارق ما يمتنع معه هذا الاشتباه ، كما سيأتى بيان ذلك . والخلاصة أن الدين فى الحلول يظل قائما بعد الوفاء ، دون أن يستبدل به دين جديد (قارن المادة ٢٢٥/١٦٢ مصرى) ولا يعتبر بقاء هذا مجرد افتراض بل هو حقيقة واقعة.

٣- ولهذا التصوير وجهة من الناحية العملية ، فالحق ينتقل إلى من تم الحلول له بما له من خصائص (كما إذا كان تجاريـا ، أو كانت له مدد تقادم خاصة ، أو كان السند المثبت له واجب التنفيـذ) وما يلحقه من توابع (كالفوائد) ومما يكفله من تأمينات (كـالرهن الرسمى وما إليه) وما يتصل به من دفـوع (كأسـباب الـبطلان والانقضاء) ما لم يكن الأمر متعلقاً بواقعة غير منفكة عن شخص الدائن (كالدفع بقصر الدائن . فهو لا يظل قائماً بعد الحلول متـى كان من تم الحلول له كامل الأهلية) وغنى عـن البيـان أن هـذه النتائج بذاتها تعتبر من المشخصات الجوهرية لحوالة الحق"[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المدين المتضامن قد حل بحكم القـانون محـل الدائنين بمقدار ما عساه يكون قد دفعه زيادة من نصيبه ويحق لـه الرجوع به على المدينين الآخرين فإنه وإن امتنع عليه التنفيذ بهـا على ما لهم مادامت محل نزاع إلا أنه لا يقبل طلب هؤلاء المدينين بشطب القيود والتسجيلات التى شملتها تسوية الديون قبـل معرفـة مقدار تلك الزيادة التى يحق للمدين المذكور الحلـول بهـا محـل الدائنين فى القيود والتسجيلات المذكورة ".

(طعن رقم ٣٤٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٦/٢/٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٥ ومابعدها .

٢- " إذا كان أساس دعوى رجوع الكفيل على المدين بما أوفاه عنه هو حلول الكفيل محل الدائن فى الرجوع على المدين- حلولا مستمدا من عقد الحلول المبرم بين الدائن والكفيل ومستندا إلى المادتين ١/٣٢٦ ، ٣٢٩ من القانون المدنى اللتين تقضيان بأنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه إذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه وأن من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع . وكان القرض - المكفول- عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه فإن الكفيل الموفى يحل محل الدائن الأصلى فيه بما له من خصائص ومنها صفته التجارية وبالتالى يكون للكفيل أن يرفع دعواه على المدين أمام المحكمة التجارية المتفق بين الدائن والمدين على اختصاصها " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)

٣- " إن الموفى حين يرجع على المدين بدعوى الحلول إنما يرجع بنفس الحق الذى انتقل إليه من الدائن فإذا كان هذا الحق هو الرسم المستحق لصندوق دعم صناعة الغزل والمنسوجات القطنية فإنه يتقادم بخمس سنوات عملا بالمادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ سنة ١٩٥٣ الذى عدل المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩)

٤- " حائز العقار المرهون - طبقاً للمواد ٣٢٠، ٣٢٦، ٣٢٩ من القانون المدنى - ملزم بالدين عن المدين ، وينبنى على وفائه بالدين المضمون أو بجزء منه للدائن المرتهن ، حلوله محل هذا الدائن فى كافة حقوقه بمقدار ما أداه ، ويشمل الحلول الرهن الوارد على عقار الحائز ذاته ، ويترتب على الحلول انتقال حق الدائن إلى الموفى فيكون له أن يرجع على المدين بهذا الحق بمقدار ما أوفاه.

(طعن رقم ١٧٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

٥- " للوارث الرجوع على باقى الورثة بما يخصهم من الدين الذى وفاه - عن التركة - كل بقدر نصيبه بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية ، فإن كان رجوعه بدعوى الحلول فإنه يحل محل الدائن فى نفس الدين الذى أداه بحيث يكون له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع عملا بالمادة ٣٢٩ من القانون المدنى فإذا كانت لفائدة المقررة للدين ٢% فليس له أن يطالب بأكثر من ذلك ، وإن كان رجوعه بالدعوى الشخصية فيكون على أساس الفضالة أو الإثراء بغير سبب فإن آثر الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب فله أقل قيمتى الافتقار الذى لحقه مقدراً بوقت الحكم والإثراء الذى أصاب المدعى عليه وقت حصوله فإذا طلب فائدة عما أنفق استحق الفائدة القانونية من وقت تحديد المبلغ المستحق بحكم نهائى . أما إن رجع بدعوى الفضالة فيستحق طبقا للمادة ١٩٥ من القانون المدنى

النفقات الضرورية النافعة التى سوغتها الظروف مضافا إليها فوائدها من يوم دفعها أى من وقت الإنفاق . وإذ كان الطاعن قد أسس دعواه على أنه قام بسداد الدين الباقى للدائنة بعد أن اتخذت إجراءات نزع الملكية ورفع الدعوى .. لإلزام المطعون ضدها بأن تدفع له نصيبها فى الدين والفوائد القانونية بواقع ٤% من تاريخ المطالبة الرسمية فقضت له المحكمة بالمبلغ المطالب به وأغفلت الفصل فى طلب الفوائد ، فأقام الدعوى المطعون فى حكمها للمطالبة بتلك الفوائد ، وكان المستفاد من جملة ما تقدم أن الطاعن قد استند فى دعواه إلى الفضالة فهى التى تعطيه الحق فى الفوائد من تاريخ إنفاقه للمبالغ الضرورية والنافعة دل على ذلك أنه لم يتمسك بالفائدة التى كانت تستحقها الدائنة وهى ٢% حتى يمكن القول باستناده لدعوى الحلول ، كما أنه لم يطلب الفوائد من تاريخ الحكم النهائى طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب وأوضح اضطراره لسداد الدين توقيا لإجراءات التنفيذ العقارى بدين لا يقبل الانقسام بالنسبة للمدينين وهو أحدهم مما تستقيم معه دعوى الفضالة ومؤدى ذلك استحقاقه للفوائد بواقع ٤% من تاريخ الانفاق وهو سابق على التاريخ الذى جعله بدءاً لطلبها فإن الحكم – إذ خالف ذلك بأن كيف دعوى الطاعن بأنها دعوى حلول مما لا يستقيم مع طلباته فيها – يكون مخطئا فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٣)

٦- " القاعدة الأساسية فى الوفاء مع الحلول سواء فى ظـل القانون المدنى السابق - م ٥٠٥/ ٦٠٧- أو الحالى م ٣٢٩ منه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدين فى الحلول يظل قائما بعد الوفاء دون أن يستبدل به دين جديد أى أن الموفى يحـل محل الدائن فى حقه ذاته بماله من خصائص فإذا كان تجاريا انتقل إلى الموفى بهذه الصفة بعض النظر عن طبيعة علاقة الأخير بمن اتفق معه على الحلول ، ويعتبر من توابع الحق الفوائد فتنتقل إلـى الموفى بسعرها المعين " .

(طعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

وهذا الحكم يفترض أن للدائن حقا عينيا على عقـار للمـدين يخوله التقدم على سائر الدائنين ، فإن لم يوجد مثل هذا الحق ورجع الموفى على المدين بالدعوى الشخصية لا بدعوى الحلول تسـاوى الدائن مع الموفى وباقى الدائنين فيقتسمون جميعا أمـوال المـدين قسمة غرماء إن لم تكف للوفاء بحقوقهم كاملة . فإن رجع من قـام بالوفاء الجزئى على الكفيل بالدعوى الشخصية وكذلك رجع الدائن على الكفيل بما تبقى له من حق ، فليس للدائن التقدم على الموفى ، كذلك إن كان للدائن رهنان على عقار واحد لضمان دينين مختلفين ووفى الغير جزءا من الدين المضمون بالرهن الأول ، فإن للـدائن أن يتقدم على الموفى عند استيفاء الجزء الباقى من هذا الدين فقـط

ثم يقوم الموفى بالتنفيذ بحقه على باقى حصيلة التنفيذ فقد حل محل الدائن فى جزء الدين الذى وفاه وبماله من تأمين متقدم أما الـــرهن التالى فليس للدائن أن يحتج به على الموفى الذى حل محلـــه فـــى الرهن المتقدم (١).

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٦٩ ومابعدها .

مـــادة (٣٣٠)

١- إذا وفى الغير الدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فـــلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون فى استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ، ما لم يوجد أتفاق يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له مـــن حـــق رجع من حل أخيرا هو ومن تقدمه فى الحلول كل بقدر مـــا هـــو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء .

الشـــرح

١٧٦- وفاء الموفى بجـزء من الدين :

مقتضى القاعدة العامة فى الحلول أنه إذا اقتصر مـــن تـــم لـــه الحلول على الوفاء بجزء من حق الدائن كما إذا قبل الدائن الوفـــاء بجزء من حقه ولم يستطع المدين أن يدفعه فدفعه عنه آخر وحـــل محل الدائن فى هذا الجزء وبقى الدائن دائنا بالجزء الآخر ، فإنـــه يصبح هو والدائن على حد سواء يتقاسمان مال المدين إذا لم يكـــف لسدادهما معا قسمة الغرماء .

غير أن النص جعل للدائن الحق فى أن يتقدم على الموفى فـــى استيفاء باقى الدين من المدين ، وذلك على أساس افتراض مقتضاه أن الدائن لم يقبل هذا الوفاء الجزئى إلا بشرط أن يكون لـــه هـــذا التقدم ، إلا أن يتفق على غير ذلك . وينهض بهـــذا الافتـــراض أن

الدائن إذا قبل وفاء جزئيا من المدين فإنه يكون له أن يستوفى بقية دينه من مال المدين دون أن يزاحمه أحد . فإذا كان الذى قام بهـذا الوفاء الجزئى واحد من الغير فإن مركز الدائن يجـب ألا يسـوء بسبب ذلك ، فيظل الوضع كما لو كان المدين هو الذى وفى فيكون استيفاء ما بقى له من حق مقدما على من وفاه ما لم يوجـد اتفـاق يقضى بغير ذلك [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- وثمة فارق آخر بين الحلول والحوالة يعرض فى الفرض الذى يواجهه هذا النص ، فإذا اقتصر من تم له الحلول على الوفاء بجزء من حق الدائن فالمفروض أن هذا الدائن لم يقبل ذاك الوفـاء الجزئى إلا بشرط التقدم على الموفى فى استيفاء باقى الدين من المدين. وغنى عن البيان أن القرينة التى أقامها المشروع على هذا الوجـه تتمشى مع المعقول ، ولا سيما أنها غير قاطعة فللمتعاقدين أن يتفقا على الخروج عليها (أنظر فى هذا المعنى المادة ٥٠٥/ ٦١٧ مـن التقنين المصرى ، والمادة ١٢٥٢ من التقنين الفرنسـى ، والمـادة ١٢١٥ من التقنين الأسبانى والمادة ٧٨٢ من التقنـين البرتغـالى والمادة ١٣٤٩ من التقنين الهولندى ، والمادة ٢٦٨ فقـرة ٣ مـن

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٢١ – محمود جمال الـدين زكـى ص ٢٠٢- اسماعيل غانم ص ٤٠٠ .

التقنين الألمانى ، والمادة ٩٩٠ من التقنـــين البرازيلـــى ، والمــادة ٣١٢ من التقنين الصينى . وعكس ذلك المادة ١٢٥٤ فقرة ٢ مــن التقنين الإيطالى ، والمادة ٨٠٦ من التقنين الأرجنتينـــى ، والمــادة ٢١٥/٢٢٧ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٣١٦ مــن التقنين اللبنانى ، والمادة ١٨٦ من المشروع الفرنسى الإيطـــالى . والمادة ٥٠٢ من التقنين اليابانى). أما الحوالة ، فــإذا اقتصــرت على جزء من الحق اشترك المحال له مـــع الـــدائن المحيـــل فـــى المطالبة ، كل بنسبة ما يجب له فى ذمة المدين المحال عليه "[١].

وإذا قام شخص آخر بوفاء ما بقى للدائن من حقه وحل محلـــه فيه ، فلا مجال لافتراض انصراف النية إلى أن يتقدم هذا على من وفى أولا عند الرجوع على المدين ، وعليه يكـــون المـــوفى الأول والموفى الثانى فى رجوعهما على المـــدين علـــى قـــدم المســـاواة يتقاسمان مال المدين قسمة غرماء [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- وإذا تم حلول أحد الأغيار محل الدائن فيما بقى له من حقه بعد حلول من أوفى الجزء الآخر ، فلا محل لافتراض انصـــراف النية إلى تقديم من حل أخيرا على من تقدمـــه فـــى الحلـــول عنـــد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٨ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٢١ – اسماعيل غانم ص ٤٠١ .

الرجوع على المدين وعلى ذلك يكون الموفى الأول والموفى الثانى من حيث المطالبة بمنزلة سواء ، ويرجع كل منهما بقدر مـــا هـــو مستحق له ويتقاسمان مايصيبان من مال المدين قسمة غرماء (عكس ذلك المادة ٧٨٤ من التقنين البرتغالى وهى تقضى بـــالتوزيع بـــين الموفين بحسب الدرجات وفقاً لتوالى حلول كل منهم "[١] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٨٩ .

مــادة (٣٣١)

إذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين ، وحل محل الدائنين ، فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخــر مرهون فى ذات الدين إلا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة مــا حازه من عقار .

الشــرح

١٧٧ـ وفاء حائز العقار كل الدين :

إذا كانت هناك عقارات متعددة مرهونة لضمان دين واحد ، ثم انتقلت ملكية هذه العقارات إلى أشخاص متعددين . فى هذه الحالــة قد تعدد الحائزون للعقارات المرهونة فى نفس الدين ، وكل مــنهم ملزم بوفاء الدين عن المدين نتيجة للرهن الذى يثقل عقاره . فــإذا أوفى أحدهم بكل الدين حل محل الدائن فى الرجوع على الحــائزين الآخرين الذين انتقلت إليهم ملكية العقارات الأخرى . ولكن ليس له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فــى الدين بحسب ما حازه من عقار . فإذا كان الدين ٣٠٠٠ جنيه وكان مضمونا برهون ثلاثة ، أحدها على عقــار قيمتــه ٣٠٠٠ جنيــه والثانى على عقار قيمته ٢٠٠٠ جنيه والثالث على عقــار قيمتــه ١٠٠٠ جنيه ثم وفى حائز العقار الأول بالــدين كلــه ، كــان لــه الرجوع على حائز العقار الثانى بمبلغ ١٠٠٠ جنيه . وعلى حــائز

العقار الثالث بمبلغ ٥٠٠ جنيه . وتبقى ١٥٠٠ جنيه هـى بمقدار نصيبه هو فى الدين بحسب قيمة عقاره .

ويلاحظ أيضا أن حائز العقار لا يحل محل الدائن فى التأمينات التى قدمها شخص آخر غير المدين (م١٠٦١) ، فليس لحائز العقار المرهون إذا ما وفى الدين أن يرجع على الكفيل سواء كان كفيلا عينيا أو كفيلا شخصيا[١] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد طبقت القاعدة نفسها فيما يتعلق بالحائز عند وفائه بكل الدين الذى رهن العقار لضمان الوفاء به . فلمثل هذا الحائز أن يرجع بدعوى الحلول على الحائزين الآخرين ، سواء فى حالة تعدد العقارات المرهونة فى دين واحد ، أو فى حالة تعدد المشترين للعقار المرهون ، ولكن ليس له أن يرجع على كل منهم إلا بقدر نصيبه فى الدين حسب قيمة ما يكون حائزاً له" [٢].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٠١ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩١.

مـادة (٣٣٢)

يكون الوفاء للدائن أو لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً .

الشـرح

الموفى له :

١٧٨ـ يكون الوفاء للدائن أو لنائبه :

الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين .

غير أن هذه الصفة تثبت أيضا لمن ينوب عن الدائن نيابة اتفاقية كالوكيل ، أو نيابة قانونية كالوصي والقيم أو نيابة قضائية كالحارس وأمين التفليسة .

ولمن يخلفه خلافه عامة كالوارث أوخلافة خاصة كالمحال له . كما تثبت هذه الصفة كذلك لدائن الدائن إذا أوقع حجز ما للمدين لدى الغير واستصدر حكما بصحة معارضته في الوفاء للدائن . ففي كل هذه الصور يكون الوفاء صحيحا [١]. إذ العبرة بتوافر صفة الدائن وقت استيفاء الدين [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوي ص ٩٨ ومابعدها .

(٢) السنهوري ص ٦٣١ .

ويكفى للوكالة ، الوكالة العامة ، باعتبار قبض الحقوق من أعمال الإدارة .

وإذاوكل محضر فى تنفيذ حكم أو سند رسمى مذيل بالصيغة التنفيذية أو سلم سندا إذنيا أو كمبيالة لعمل بروتستو ، تضمن ذلك توكيلا للمحضر فى قبض الدين الوارد بهذه الأوراق .

ويجوز للموفى أن يوفى الدين بدفعه لحساب الدائن فى مصرف يكون له فيه حساب جار ، ويخطره بالإيداع ، على أن يتحمل الموفى تبعة الخطأ فى حساب جار لغير الدائن .

وقد تكون الوكالة خاصة ببيع أو إيجار ، فلا تتضمن حتما وكالة بقبض الثمن أو بقبض الأجرة، ولكنها تتضمن عادة وتبعا للظروف وكالة فى قبض المعجل من الثمن أو المعجل من الأجرة[(١)].

وجعل المشرع فى المادة ٣٣٢ من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة على قيام توكيل لحامل المخالصة فى الاستيفاء . فيكون له أن يطالب المدين بالوفاء ، ويكون الوفاء إليه وفاء صحيحا يترتب عليه انقضاء الالتزام . مثل ذلك وفاء المستأجر بالأجرة إلى بواب المنزل الذى يعهد إليه المالك بالمخالصات .

على أنه يستثنى من ذلك حالة ما إذا كان قد اتفق بين الدائن

---

(١) السنهورى ص ٦٣٤ – المستشار أنور طلبه ص ٢٧٤ .

والمدين على أن يكون الوفاء للدائن شخصيا ، فيكون للمدين في هذه الحالة أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين[١] .

ويقع على الموفي وجوب التحقق من وجود الوكالة ، وله أن يطلب إلى الوكيل أن يقدم ما يثبت صفته ، ويكون هذا عادة بإبراز سند التوكيل [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" الأصل أن الدائن هو ذو الصفة في استيفاء الدين ، وله أن ينيب عنه وكيلا في ذلك ، يكفي فيه التفويض بتوكيل عام . ويتعين على الوكيل في مثل هذه الحالة أن يقيم الدليل على صفته وفقاً للأحكام العامة في الوكالة . على أن المشروع قد جعل من التقدم بمخالصة صادرة من الدائن قرينة كافية في ثبوت صفة استيفاء الدين لمن يحمل تلك المخالصة ، ما لم تنف دلالة هذه القرينة بالاتفاق على وجوب الوفاء للدائن شخصيا . فإذا اتفق على ذلك كان للمدين أن يرفض الوفاء لمن يتقدم له بالمخالصة الصادرة من الدائن حتى يستوثق من ثبوت صفته في استيفاء الدين" [٣].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٢٨٤ .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٢٠٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩٣.

١٧٩ـ أهلية استيفاء الدين :

يشترط لصحة الوفاء أن تتوافر لدى الدائن أهلية استيفاء الدين .

فإذا كان ناقص الأهلية ، وقع الوفاء قابلا للإبطال لمصلحته ، فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أجازه الدائن بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين . ومع ذلك إذا أصاب الدائن منفعة منه ، كان الوفاء صحيحا ، أو فى عبارة دقيقة مبرئا لذمة المدين بقدر هذه المنفعة تطبيقا لمبادئ الإثراء بلا سبب[١] . وقد كانت المادة ٤٦٨ من المشروع التمهيدى تتضمن هذه الحلول[٢] ، ولكنها حذفت فى لجنة المراجعة " لأنها حكم تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة "[٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الثابت من إنذار الطاعن المؤرخ / / بعرض أجرة عين النزاع عن المدة من / / إلى / / أنه وجه للمطعون ضده مجردا من صفته كولى طبيعى على أولاده القصر-

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٠ .

(٢) فكانت المادة تنص على أن : " إذا كان الدائن غير أهل لاستيفاء الدين ، فلا يصح الوفاء له ، إلا إذا أجاز هذا الوفاء بعد أن يصبح أهلا لاستيفاء الدين . على أنه إذا أصاب الدائن منفعة من الوفاء ، كان هذا الوفاء صحيحا بقدر هذه المنفعة " .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩٣ الهامش .

ملاك العقار – الكائن به عين النزاع – المؤجرين – إلا أنـــه ورد بموضع آخر من ذات ورقة الإنذار ما يفيد توافر هــذه الصـــفة إذ دون به أن القصر (.... ، ......، .....) اشتروا العقار الكائن بـــه العين المؤجرة للطاعن بولاية والدهم المطعون ضده ، وفى ذلك ما يكفى لبيان صفة الأخير فى عرض الأجرة وقبولها نيابة عن أولاده القصر، ولما كان قبول عرض الأجرة يعتبر من التصرفات القانونية التى يجوز للولى الطبيعى مباشرتها نيابةعن أولاده القصر إعمـــالا لنص المادة الأولى من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ فـــى شـــأن الولاية على المال ومن ثم فإن إنذار عرض الأجرة المؤرخ / / يكون قد وجه إلى صاحب صفة مستوفيا شروطه القانونية ومبرئـــا لذمة الطاعن من دين الأجرة عن المدة من / / إلـــى / / ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بالإخلاء على سند من أن إنذار عرض الأجرة وجه إلى شخص المطعون ضده وليس إليه بصفته وليا طبيعيا على أولاده القصر فلا يبرئ ذمة الطـــاعن من دين الأجرة المستحق عليه مما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١٣٧٢ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٢/١٤/١٨)

مـــادة (٣٣٣)

إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه ، فلا تبـــرأ ذمـــة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منـــه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الـــدين فى حيازته .

الشـــرح

١٨٠- الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه :

إذا تم الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا ، كان الوفاءغير نافذ فى حق الدائن وغير مبرئ لذمة المدين، والتزم المدين بالوفاء مرة ثانية إذ من يوفى خطأ يوفى مرتين .

غير أن المادة استثنت من هذه القاعدة ثلاث حالات يكون فيهـــا الوفاء لغير شخص الدائن أو نائبه مبرئا لذمة المـــدين . ونعـــرض لهذه الحالات فى البند التالى .

١٨١ - الحالات الاستثنائية التى يكون فيها الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه مبرئا لذمة المدين :

يكون الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه مبرئا لذمـــة المـــدين استثناء فى الحالات الآتية :

الحالة الأولى :

إقرار الدائن للوفاء :

إذا أقر الدائن الوفاء الحاصل لغيره ، فذلك يكون إجازة لقبض الدين والإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة تصحح الوفاء وبأثر رجعى منذ أن تم ، وينقلب من قبض الدين وكيلا بعد أن بدأ فضوليا ويتعين عليه أن يقدم حسابا وفقا لأحكام الوكالة . ويتحمل المدين أو الموفى عبء إثبات صدور إجازة الدائن للوفاء وفقا لقواعد الإثبات الخاصة بالتصرفات الصادرة من جانب واحد[1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لا يستتبع الوفاء لغير الدائن براءة ذمة المدين إلا استثناء ، فى حالات ثلاث :

١- أولاها حالة إقرار الدائن لمثل هذا الوفاء . ويكون من أثر هذا الإقرار أن ينقلب الغير وكيلا بعد أن بدأ فضوليا ، ويتعين عليه تفريعاً على ذلك أن يقدم حسابا للدائن"[2].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان صحيحا أن قبض الدائن قيمة الشيك الذى استلمه آخر من المدين يعد إقرارا منه لهذا الوفاء بحيث يصبح هذا الغير

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٢٧٥ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩٦.

فى هذه الحالة وكيلا بعد أن بدأ فضوليا – على ما تقضى به المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ومذكرته التفسيرية – إلا أن هذه الوكالة قاصرة على هذا الوفاء الذى أقره الدائن فلا تتعداه إلى ما يكون هذا الغير قد أقر به فى ورقة أخرى غير الشيك من أن المبلغ الموفى به هوكل الباقى المستحق للدائن ، لأن هذا الإقرار بالتخالص ليس من مستلزمات الوفاء بالمبلغ الموفى به بل هو إقرار بواقعة قانونية مستقلة عن الوفاء ولا يمكن اعتبار الدائن مقرا لها إلا إذا كان قد علم بها وقت إقراره ذلك الوفاء . كما لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضروريا بالنسبة لرب العمل " .

(طعن رقم ٣٤٠ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٥)

٢- (أ)- " وفاء المدين لغير الدائن ، وعلى ما نصت عليه المادة ٣٣٣ من القانون المدنى يعتبر مبرئا لذمة المدين ، إذا أقر الدائن هذا الوفاء ".

(ب)- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة– أن التصرف الذى يبرمه الوكيل يكون حجة على الأصيل وينصرف أثره إليه باعتباره ممثلا فى التصرف الذى أبرمه الوكيل لحسابه طالما أن التصرف يدخل فى نطاق الوكالة – ومن ثم – فإن وفاء المدين لغير الدائن

يبرئ ذمة المدين إن أجاز وكيل الدائن هذا الوفاء وكانت إجازتـــه تدخل فى حدود الوكالة " .

(طعن رقم ١٠٤٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

٣- " مفاد نص المادتين ٣٣٢ ، ٣٣٣ من القانون المـــدنى أن الأصل فى الوفاء حتى يكون مبرئا لذمة المدين أن يكون للدائن أو نائبه أما الوفاء لشخص غير هذين فلا يبرئ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن الوفاء له ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه ببراءة ذمة المطعون ضده الأول من باقى الثمن على أن وكيـــل الشـــركة الطاعنة بموجب العقد تسلم المبلغ المعروض بموجب إنذار العرض المعلن لمركزها فى ... - ودون تحفظ منه - أشير فيه إلى دفعات سداد الثمن للشركة الطاعنة ولورثة المرحومة ... وأن الباقى هـــو مبلغ .... فإنه يحق للمحكمة أن تعتبر عدم منازعة وكيل الشـــركة الطاعنة بما أوفى به المطعون ضده الأول لغيرها بمثابـــة التســـليم والإقرار الضمنى بهذا الوفاء ".

(طعن رقم ١١٩٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧)

٤- " الأصل أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون نافذا فـــى حق الدائن ولا ينقضى به الدين أو تبرأ به ذمة المدين ما لم يـــنص القانون على غير ذلك ، ولما كان البين من نص البند الخامس مـــن عقد البيع موضوع الدعوى أنه بناء على عقد القسمة المبـــرم بـــين المورثين البائعين بتاريخ ١٩٦٢/٢/١٤ التزم المشـــترى بالوفـــاء

بالثمن الكامل إلى البائع ... ، وكان الثابت من مـدونات الحكـم المطعون فيه أن المطعون ضده الثانى أودع باقى الثمن على ذمـة ورثة البائعين جميعا وأن ذلك كـان محـل اعتـراض ورثـة ... باعتبارهم أصحاب الحق وحدهم ، فى اقتضاء باقى الـثمن طبقـا لاتفاق المتبايعين ، وهو ما لا تبرأ به ذمة المدين من كامل المبلـغ المعروض ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقـلم قضاءه على ما ذهب إليه من القول بأن " البائعين كانا متضـامنين فى التزامهما قبل المشترى باعتبار أن كل منهما يملك نصف العقار المبيع وأنه لا عبرة بعقد القسمة غير المسجل إلا بـين المتعاقـدين "فأنه يكون قد خالف اتفاق الطرفين وبذلك خالف القانون ".

(طعن رقم ٨٤٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٩/٤/١٨)

٥- "وحيث إن النعى فى غير محله ، ذلك أن النص فى المادة ٣٣٣ من القانون المدنى على أنه " إذا كان الوفاء لغير الـدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلا إذا أقر الدائن هذا الوفـاء أو عـادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه المنفعة ، أو تم الوفـاء بحسـن نيـة لشخص كان الدين فى حيازته " يدل على ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى على أن الوفاء لغيـر الـدائن أو نائبـه لايستتبع براءة ذمة المدين إلا استثناء فى الحالات الـثلاث التـى بينتها المادة سالفة الذكر ، إذ الأصل أن الوفاء لغير الدائن أو نائبه

لا ينفذ فى حق الدائن ولا ينقضى به الدين أو تبرأ به ذمة المدين . لما كان ذلك وكانت أوراق الدعوى خلواً مما يفيد صدور وكالة من المطعون ضدها – لـ ..... – بقبض باقى الثمن المستحق لها عن عقد البيع المؤرخ ١٩٨٩/١٠/١١ ، كما أنها لم تقر الوفاء المقول بأنه تم له ولا يوجد فى أوراق الدعوى ما يفيد أنه قد عادت عليها منفعة من هذا الوفاء ، بل أنها تنازع منذ فجر النزاع فى صفته التى أضفاها على نفسه فى نيابته عنها فى هذا الوفاء سواء فى صحيفة الجنحة المباشرة رقم ... لسنة ١٩٩٢ الوايلى التى تتهمه فيها بتزوير توكيل عنها فى قبضه باقى الثمن وكذلك فى الإنذار الموجه إليه منها للمطالبة بنصيبها فى باقى ثمن المبيع الذى استولى عليه بوكالة مصطنعة ، يضاف إلى ذلك طعنها بالتزوير على الإقرار الصادر منه المؤرخ ١٩٩٢/١/١٩ بقبضه باقى الثمن بصفته وكيلا عنها والمقدم فى الدعوى ١٤١٧ لسنة ١٩٩٢ مدنى شمال القاهرة الابتدائية وتنازل الطاعنون عن التمسك به بعد ذلك كما وأن الحكم الصادر فى الجنحة سالفة الذكر لم يتعرض فى أسبابه المرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً لمسألة وفاء الطاعنون بباقى ثمن المبيع ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلى عدم وجود دليل مقنع فى الأوراق على سداد كامل الثمن للبائعة – المطعون ضدها– وانتهى به ذلك صحيحاً إلى رفض الاستئناف

وتأييد الحكم المستأنف بفسخ عقد البيع موضوع النزاع لما قام عليه من أسباب فإن النعى عليه بسببى الطعن يكون على غير أساس ".

(طعن رقم ١٦٧٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٣٠/٥/٢٠٠٠)

الحالة الثانية :

إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء :

إذا عادت على الدائن منفعة من الوفاء لغيره ، برئت ذمة المدين بقدر هذه المنفعة ، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب[1] .

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- أما الحالة الثانية فنعرض حيث تعود على الدائن منفعة من الوفاء على هذا الوجه . فإذا أوفى المدين للغير وترتبت على وفائه منفعة للدائن برئت ذمة المدين بقدر هذه المنفعة ، ولو لم يقر الدائن هذا الوفاء . وليس هذا الحكم إلا تطبيقا للقواعد العامة "[2].

ومثال ذلك :

١- أن يؤدى الموفى له الدين الذى قبضه إلى الدائن .

٢- أن يكون الموفى له دائنا للدائن ذا تأمين عينى على عقار لهذا الأخير يكفى للوفاء بحقه ، ويستوفى الدين استيفاء لحقه .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ٩٩ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩٦.

٣- وفاء المستأجر بالأجرة المستحقة أو بجزء منها إلى مصلحة الضرائب العقارية وفاء للضريبة المستحقة لها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع ببطلان التكليف بالوفاء لتضمنه مبلغ سبق لها الوفاء به لمصلحة الضرائب العقارية. تدليلها على ذلك بالحجز الإدارى الموقع من مصلحة الضرائب تحت يدها على الأجرة المستحقة للمطعون ضدها وإيصالات بسداد مبلغ عن فترة المطالبة وهو ما أثبته تقرير الخبير تضمين التكليف بالوفاء الأجرة المستحقة دون استنزال ما سددته الطاعنة . أثره . وقوعه باطلا . علة ذلك . قضاء الحكم برفض الدفع ببطلانه وبالإخلاء . خطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٢٠١ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٣)

(ب)- " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك بأن مؤدى نص المادة ٣٣٣ من القانون المدنى ، أن الوفاء المبرئ لذمة المدين لايصح إلا إذا كان للدائن صاحب الحق أو نائبه ، فإذا أوفى بالدين لغيرهما فلا تبرأ ذمة منه إلا إذا أقر الدائن بهذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، لما كان ذلك وكان الطاعن فد تمسك بأن المطعون ضدها قد أفادت من هذا الوفاء الذى تم لمصلحة الضرائب العقارية ، وكان المقرر قانونا أن الأجرة التى يتعين على المستأجر الوفاء بها كى يتفادى

رفع الدعوى عليه بالإخلاء ، هى تلك المستحقة فعلا فى ذمته حتى تاريخ تكليفه بالوفاء فإذا ما قام المستأجر بسداد هذه الأجرة خلال الأجل المضروب فإنه يتعين على المؤجر وقد بلغ مأربه أن يقف عند هذا الحد دون المضى فى سلوك سبل التقاضى فى شأنها وإلا لزمته نفقاته ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضدها كلفت الطاعن بتاريخ ١٩٩٣/٩/١١ بالوفاء بالأجرة عن الفترة من ١٩٩٢/٧/١ حتى ١٩٩٣/١٠/٣١ وجملتها ٥٣ جنيها و ٥٥٠ مليما ، فعرض عليها مبلغ ٤١ جنيها و ٢٨٠ مليما بموجب إنذار عرض معلن إليها فى ١٩٩٣/٩/٢٥ أودعه خزينة المحكمة بتاريخ ١٩٩٣/٩/٢٦ وأخطرها بذلك الإيداع وأشار فى إنذار العرض أنه سبق أن سدد مبلغ ١٢ جنيها و ٢٧٠ مليما إلى مصلحة الضرائب العقارية قيمة الضرائب المستحقة بموجب الإيصال رقم ٢٧٢٥ بتاريخ ١٩٩٢/١٢/٢٢ ، ورغم ذلك مضت المطعون ضدها إلى رفع دعوى الإخلاء ، ولم يعتد الحكم المطعون فيه بالسداد الحاصل من الطاعن إلى مصلحة الضرائب العقارية على سند من القول أن الطاعن أجرى مقاصة بين دين الأجرة والدين المستحق لتلك الجهة دون الرجوع إلى المطعون ضدها أو اتفاقهما على إجراء تلك المقاصة ، ودون أن يتحقق مما إذا كان المطعون ضدها قد أفادت من هذا الوفاء من عدمه ، فإنه يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ

فى تطبيقه وجره ذلك إلى القصورفى التسبيب ، بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن ".

(طعن رقم ٦٦٤١ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٣ - غير منشور)

٤- إذا كان المستأجر محجوزاالديه على الأجرة فإن سداده الأجرة للجهة الحاجزة بموجب ايصالات صادرة منها مبرئ لذمته.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " سداد المحجوز لديه المبالغ المحجوز من أجلها للجهة الحاجزة بموجب إيصالات صادرة من المحجوز عليه . مبرئ لذمته قبله ".

(طعن رقم ٥٢٤٦ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢)

الحالة الثالثة :

الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته :

يقصد بهذه الحالة ، حالة الدائن الظاهر أى الشخص الذى يبدو فى نظر الكافة أنه صاحب الحق ثم يتضح بعد ذلك أن الدائن الحقيقى شخص آخر .

وعلى ذلك لايقصد بحائز الدين من بيده سند الدين ، وإن كانت حيازته له تكون عنصرا من العناصر التى يستند إليها المظهر الخادع للدائن الظاهر .

ومثال ذلك أن يتوفى الدائن ويبدو للكافة أن ميراثه قد انحصر فى شخص معين فيقوم المدين بالوفاء إليه ، ثم يتضح بعد ذلك أن

الوارث الحقيقى شخص آخر . وهذه هى حالة الوارث الظاهر ومن ذلك أيضا أن يكون الدائن قد اتفق على حوالة حقه إلى شخص آخر، فقام المدين بالوفاء للمحال له ، ثم أبطلت الحوالة بعد ذلك .

وليس من الضرورى أن يكون الدائن الظاهر هو نفسه حسن النية أى يعتقد أنه الدائن الحقيقى ، وإن كان يغلب فعلا أن يكون حسن النية ، إلا أنه يبقى دائنا ظاهرا حتى لو أصبح سئ النية بعد أن كشف حقيقة أمره ، بل حتى لو كان سئ النية منذ البداية أى منذ وضع يده على الدين . ذلك أن القانون لايحمى الدائن الظاهر نفسه ، بل هو يحمى الذين تعاملوا معه مادام هم حسنى النية [١].

ولذلك يجب أن يكون الموفى حسن النية أى يعتقد أنه يوفى للدائن الحقيقى .

وليس معنى ما تقدم أن القانون قد غفل عن رعاية مصلحة الدائن الحقيقى ، ففى القواعد العامة ما يكفل له الحق فى الرجوع على الدائن الظاهر ، وذلك سواء كان الدائن الظاهر عند تلقى الوفاء سئ النية أو كان حسن النية ففى المسألة الأولى يكون الدائن الظاهر بقبوله الوفاء قد ارتكب خطأ وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر بالدائن الحقيقى إذ قد برئت ذمة مدينه بهذا الوفاء ، لذلك كان للدائن الحقيقى أن يرجع على الدائن الظاهر سئ النية بمطالبته بالتعويض طبقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

---

(١) السنهورى ص ٦٤٠ - اسماعيل غانم ص ٣٨٥ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٩٩ ومابعدها .

وفى الحالة الثانية ، حالة ما إذا كان الدائن الظاهر وقت الوفاء حسن النية ، فهو وإن لم يرتكب خطأ ، فقد أثـرى علـى حساب الدائن الحقيقى ، فيكون لهذا الأخير الرجوع عليه بدعوى الإثـراء بلا سبب [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وأخيراً تبرأ ذمة المدين إذا أوفى الغير بحسن نية بأن اعتقـد أنه دائنه الحقيقى متى كان هذا الغير حائزا للدين . وتعرض هـذه الحالة على وجه الخصوص بالنسبة للوارث الظاهر . ولا يشـترط أن يكون حائز الدين حسن النية ، بل تكفى فيه هذه الحيازة . وغنى عن البيان أن أثر هذا الوفاء فى براءة الذمة يقتصر علـى صـلة الدائن بالمدين ، ويكون من حق الدائن أن يرجع على حائز الدين ، وفقاً للقواعد العامة "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ اعتمد الوفاء الحاصل من المطعون عليه الأول إلى المطعون عليه الثانى قد قرر أن الخطاب الذى يعتمد عليه الطاعن فى إثبات

---

(١) السنهورى ص ٦٤١ – اسماعيل غانم ص ٣٨٦- نبيل إبراهيم سعد ص ٣٦٨ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ١٩٦.

علم المطعون عليه الأول بملكيته للبصل المبيـع صـريح فـى أن المطعون عليه الأول يعلم من بواليص الشحن المرسلة إليه باسـم المطعون عليه الثانى أن هذا البصل مملوك لشاحنه ولما لـم يفـده الطاعن عما يجب اتباعه فى شأن تخرين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثانى على اعتبار أنه المالك الظاهر له ثم أخذ عليه وصـولا بقبض الثمن ، وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثانى ليست حجة على المطعون عليه الأول لأنها ليست صـادرة منه ولا توقيع له عليها ، فإن هذا الذى قرره الحكم هو اسـتخلاص موضوعى سائغ يكفى لحمله ولا مخالفة فيـه لقـانون ولا يشـوبه قصور ".

(طعن رقم ٤٢٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٣/٣/٥)

٢- (أ)- " المقصود بالدائن الظاهر هو من يظهر أمام الجميـع بمظهر صاحب الحق ، ولا يشترط فيه أن يكون حائزا لسند الـدين فعلا وإن كانت حيازته له تكون عنصرا من العناصر التى يسـتند إليها المظهر الخادع للدائن الظاهر . ومن ثم فلا يكفى فى اعتبـار المطعون عليه دائنا ظاهرا مجرد كونه محكوما له مع باقى الورثة بالدين المنفذ به وليس فى اتصافه فى إجـراءات التنفيـذ بصـفة الوصى أو الوكيل ما يتوافر به له مركز قانونى يجعله فـى حكـم الدائن الظاهر بالنسبة لحصة من ادعى الوصاية أو الوكالة علـيهم فى الدين الذى أوفاه له الطاعن ".

(ب)- " مناط صحة الوفاء للدائن الظاهر أن يكون المدين حسن النية أى معتقدا أنه يفى بالدين للدائن الحقيقى " .

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

١٨٢ـ قضاء الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى شأن الأوضاع الظاهرة :

أرست الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية فى قضائها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٦ فى الطعن رقم ٨٢٦ لسنة ٥٤ ق قاعدة عامة للأوضاع الظاهرة - ولو لم يرد فى حالة منها نص - وقد اشترطت لتوافر الوضع الظاهر الذى يعتد به فى كافة المجالات أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز .

إذا ذهب فى قضائها إلى أن :

" الأصل أن العقود لا تنفذ إلا فى حق عاقديها ، وأن صاحب الحق لا يلتزم بما صدر من غيره من تصرفات بشأنها . إلا أنه باستقراء نصوص القانون المدنى ، يبين أن المشرع قد اعتد فى عدة تطبيقات هامة بالوضع الظاهر لاعتبارات توجبها العدالة وحماية حركة التعامل فى المجتمع وتنضبط جميعا مع وحدة علتها وإتساق الحكم المشترك فيها ، بما يحول ووصفها بالاستثناء .

وتصبح قاعدة واجبة الإعمال متى توافرت موجبات إعمالها واستوفت شرائط تطبيقها ، ومؤداها أنه إذا كان صاحب الحق قد أسهم بخطئه - سلبا أو إيجابا- فى ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه ، مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ، للشواهد المحيطة بهذا المركز ، والتى من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة ، مقتضاه نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية فى مواجهة صاحب الحق ".

وقد اضطرد قضاء دوائر محكمة النقض على ذلك . وعلى سبيل المثال : طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٠ - ١٩٣٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٢/٢٧ - ٣٣٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٣٠).

ويسرى هذا القضاء على الحالة المنصوص عليها بالمادة .

مـادة (٣٣٤)

إذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفاء المعروض عليه عرضاً صحيحاً ، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره من الوقت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمى .

الشرح

١٨٣ـ رفض الدائن قبول الوفاء :

قد يرفض الدائن قبول الوفاء بحجة أن المدين لا يوفى الدين كاملا أو لا يوفيه وفاء صحيحا أو نحو ذلك ، ويعتقد المدين عكس ذلك ، فلا يجد بدا من عرض الدين على الدائن وإيداعه .

وقد يكون الدائن متعنتا فى رفضه لاستيفاء الدين فهنا أيضا ومن باب أولى يحق للمدين أن يعرض الدين ويودعه .

ويماثل رفض الدائن استيفاء الدين أن يقتضى الوفاء تدخل الدائن ، فيمتنع عن ذلك كما لو كان الدين واجب الوفاء فى موطن المدين وأبى الدائن أن يسعى إليه فى هذا الموطن . وقد يسبق الدائن الحوادث فيعلن أنه لن يقبل الدين إذا عرض عليه ، فعندئذ يحق للمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا ثم يودعه .

فى مثل هذه الحالات قد تكون للمدين مصلحة فى الوفاء ، كما إذا كان يريد التخلص من دفع الفوائد أو من عناء المحافظة على

الشئ الذى يريد الوفاء به أو كان يرغب فى شطب رهن على عقار له ، إلى غير ذلك من الأغراض الهامة[(١)] .

وحتى لا يكون المدين تحت رحمة الدائن عند رفضـه قبـول الوفاء ولكى لا يمتنع عليه الوفاء فى الصور الأخرى ، كفل القانون له أن يقوم بالوفاء ، فرسم له الطريق الذى يحقق ذلك [(٢)].

الإعذار :

كما أن للدائن أن يعذر المدين ، فكذلك أيضـا جعـل القـانون للمدين أن يعذر الدائن ورتب على هذا الإعذار آثارا معينة .

فإذا رفض الدائن دون مبرر قبول الوفـاء المعـروض عليـه عرضا صحيحا، أو رفض القيام بالأعمال التى لا يتم الوفاء بدونها، كما إذا امتنع البائع عن التصديق على إمضائه لتسجيل عقد البيع ، أو أعلن أنه لن يقبل الوفاء ، اعتبر أنه قد تم إعذاره مـن الوقـت الذى يسجل المدين عليه هذا الرفض .

ويتم إعذار الدائن بإعلان رسمى [(٣)].

---

(١) السنهورى ص ٦٤٦ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ١٠٠ .

(٣) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين ا ـهيم ص ٣٩٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

١- تتناول المادتان ٤٧٠ ، ٤٧١ بيان الأحكام المتعلقة بإعذار الدائن وما يترتب عليه من آثار . وتكفى الكتابة أيا كانت صورتها فى هذا الإعذار ، كما هو الشأن فى إعذار المدين ، ويسجل الاعذار علي الدائن رفض الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا دون مبرر ، او امتناعه عن القيام بالأعمال التي لا يتم الوفاء بدونها (كامتناع المشتري عن التصديق علي إمضائه لإجراء تسجيل عقد البيع) أو تصريحه بأنه لا يقبل الوفاء .

١٨٤ ـ كيفية إجراء العرض الحقيقي .

انظر شرح المادة (٣٣٥) .

مادة (٣٣٥)

إذا تم إعذار الدائن ، تحمل تبعة هلاك الشئ أو تلفه ووقف سريان الفوائد ، وأصبح للمدين الحق فى إيداع الشئ على نفقة الدائن والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر .

الشرح

١٨٥ـ آثار إعذار الدائن :

يترتب علي إعذار الدائن طبقا لأحكام المادة السابقة ترتب الآثار الآتية :

١- انتقال تبعة هلاك الشئ أو تلفه من المدين إلى الدائن .

كما لو أعذر البائع المشترى لتسلم المبيع وامتنع الأخير عن استلامه (بشرط ألا يكون هناك أجل للتسليم مشروطا لمصلحة المشترى) تحمل تبعة هلاك الشئ بقوة قاهرة ، أى يلتزم بدفع الثمن .

٢- وقف سريان الفوائد القانونية أو الاتفاقية .

٣- تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقى ، واتباع هذا العرض بإيداع الشئ على نفقة الدائن ، وحق المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر[١] .

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠١ - مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص٣٩٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- ويترتب على إعذار الدائن الآثار القانونية الآتية : (أ) انتقال التبعة من المدين (كما هو الشأن فى تحمل البائع تبعة المبيع قبل التسليم) إلى الدائن . (ب) وقف سريان الفوائد إذا كان الدين يغل فائدة (ج) تخويل المدين حق اتخاذ إجراءات العرض الحقيقى ، وإتباع هذا العرض بالإيداع على نفقة الدائن ، وحق المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر من جراء ذلك " [١].

١٨٦ ـ إجراءات العرض الحقيقى والإيداع :

تضمن التقنين المدنى طائفة من النصوص فى حصوص العرض الحقيقى والإيداع وأحال فى بقية المسائل على تقنين المرافعات ولكن تقنين من المرافعات لم تتسق نصوصه مع نصوص التقنين المدنى ، ويبدو لأول وهلة أن هناك شيئا من التنافر بين هاتين الطائفتين من النصوص فلا بد إذن من التوفيق بينها .

المرحلة الأولى :

العرض الحقيقى :

تكفل قانون المرافعات برسم إجراءات العرض الحقيقى على الوجه الآتى :

(أ) يحصل العرض الحقيقى بإعلان الدائن على يد محضر

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٠ .

ويشتمل محضر العرض على بيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه (م٤٨٧/١ مرافعات) [١].

ولم يضع المشرع قواعد خاصة لإعلان الأوراق المتضمنة عرضا بالوفاء ومن ثم فإنه يسرى فى شأنها القواعد العامة فى إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة العاشرة من ذات القانون .

ومن ثم إذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أنه يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار ، فإذا رفض قبول المبلغ المعروض كان على المحضر إيداع المبلغ خزانة المحكمة ولا يشترط أن يكون المخاطب معه مفوضا من الدائن فى استلام الدين.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٨٧ من قانون المرافعات على أن " يحصل العرض الحقيقى بإعلان الدائن على يد محضر

---

(١) **وقد قضت محكمة النقض بأن :**

" إن الشارع المصرى قد جرى فى قانون المرافعات وفى القانون المدنى على وصف العرض بأنه حقيقى كلما كان مراده العرض المبرئ للذمة المقرون بالشئ المعروض . وهذا يفيد بطريق مفهوم المخالفة أن الشارع نفسه إذ تحدث عن العرض بغير وصف كان مراده عرضا غير العرض المبرئ للذمة المقرون بالشئ المعروض ".

(طعن رقم ١٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/١/٣١)

ويشتمل محضر العرض على بيان الشئ المعروض وشروط العرض وقبول المعروض أو رفضه " يدل على أن كل ما اشترطه المشرع لحصول العرض أن يتم بإعلان الدائن به على يد محضر وإذ لم يضع المشرع قواعد خاصة لإعلان الأوراق المتضمنة عرضا بالوفاء ، فإنه يسرى فى شأنها القواعد العامة فى إعلان الأوراق بمعرفة المحضرين ومنها ما تنص عليه المادة العاشرة من ذات القانون على أن " تسلم الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص نفسه أو فى موطنه ... وإذا لم يجد المحضر الشخص المطلوب إعلانه فى موطنه كان عليه أن يسلم الورقة إلى من يقرر أنه وكيله أو أنه يعمل فى خدمته أو أنه من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار " ومن ثم فإن العرض الحقيقى يكون صحيحا إذا تم إعلانه وفقًا لما تقدم حتى لو كان المخاطب معه شخصا آخر غير الدائن أو كان غير مفوض فى استلام الدين فإذا رفض العرض – وأيا كان سبب رفضه– وكان المعروض نقودا قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الأكثر – طبقا لما أوردته المادة ٤٨٨ من القانون المشار إليه – ولا يؤثر فى صحة العرض والإيداع خصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض طالما أن رفض العرض لم يكن هناك ما يسوغه ، لما كان ذلك – وكان البين من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أن المطعون عليه عرض على الطاعنة مبلغ ١٠٠٠ جنيه قيمة القسط المستحق دفعه عند تسليمه الشقة

موضوع التداعى وقد رفض زوج الطاعنة استلامه فأودع المبلغ خزينة المحكمة وأعلنت الطاعنة بذلك وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بتلك الإجراءات فإنه يكون صحيحا ويكون النعى عليه فى هذا الخصوص فى غير محله ".

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١١)

كما قضت محكمة النقض بأن :

" العرض الحقيقى الذي يتبعه الإيداع – سواء أكان هذا العرض علي يد محضر أو أمام المحكمة وقت المرافعة – هو الوسيلة القانونية لإبراء ذمة المدين ومن ثم يتعين أن تتوافر فيه الشروط المقررة في الوفاء المبرئ للذمة ومنها أن يتم العرض علي صاحب الصفة في استيفاء الحق . لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن عرض المبلغ المذكور في الجلسة علي محامي المطعون ضده في غيبة موكله ، وإذا كان قبول هذا العرض يعتبر من التصرفات القانونية التي لايجوز للمحامى مباشرتها إلا إذا كان مفوضا فيها في عقد الوكالة ، وكان الثابت من سند وكالة المحامي المطعون ضده أنه غير مفوض في قبول العرض ، فإن هذا العرض يكون قد تم علي غير ذي صفة في استيفاء الحق ويكون الإيداع المشار إليه بسبب النعي غير مسبوق بإجراءات العرض الحقيقي التي يتطلبها القانون مما لايعتبر وفاء مبرئا للذمة " .

(طعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٤)

وبالترتيب علي ذلك قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكــون العرض الحقيقى على يد محضر أوفى مجلس القضاء فلا يمكن ان يكون على يد رئيس قلم العقود المختص بالشطب

إذا ذهبت إلي أن :

١- " يكون العرض الحقيقى على يد محضر أو فــى مجلــس القضاء فلا يمكن أن يكون العرض علي يد رئــيس قلــم العقــود المختص بالشطب وليس بمعف الطاعن من هذا الواجب القــانونى قوله لايستحق القبض إلا في لحظة الشطب وأن المــدين لا يلــزم بالدفع إلا فى مقابل الشطب فإن الشطب يترتب على الوفاء ولــيس للمدين الحق فى طلب الشطب إلا بعد قيامه بواجبه لإبــراء ذمتــه والواجب عليه فى مثل هذه الحالة أن يعرض المبلغ عرضا حقيقيــا على يد محضر مشترطا شطب التسجيل لأن هذا الشطب يتفق مــع طبيعة العرض ومرماه فإن رفض الدائن العرض الحقيقى على هذه الصفة يحصل الإيداع رسمياعلى هذا الشرط أيضا ثم يحصل الالتجاء إلي القضاء ليحكم بصحة العرض وإلزام الدائن بشطب التسجيل " .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٢١)

وتنص المادة ٤٨٩ مرافعات علي نوع خاص مــن العــرض الحقيقي بإجراءات مختصرة ، وهي العرض حال المرافعــة أمــام المحكمة فأجازت أن يكون العرض الحقيقــي فــي الجلســة أمــام المحكمة بدون إجراءات إذا كان من وجه إليه العرض حاضرا .

وتسلم النقود المعروضة عند رفضها لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة ويثبت في محضر الإيداع ما أثبت في محضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه .

وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض .

وإذا قبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره ، وقبض الدائن الدين من يد المحضر . وبذلك يتم الوفاء له بالدين . وكان عليه هو مصروفات العرض ، إلا إذا تبين أنه لم يكن المتسبب فى هذه الإجراءات وأن المدين كان متسرعا فى الالتجاء إليها . وإن لم يقبل الدائن العرض ، ذكر المحضر ذلك فى محضره وانتقل بعد ذلك إلى مرحلة الإيداع[١] .

وللعارض أن يطلب على الفور الحكم بصحة العرض .

(أنظر حالة ما إذا كان المعروض غير النقود شرح المادة ٣٣٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مفاد نصوص المادتين ٧٨٦، ٧٩٢ من قانون المرافعات أنه إذا كان الدين الثابت فى ذمة المدين مبلغا من المال وأراد أن يبرئ ذمته من هذا الدين بعرضه على دائنه حال المرافعة فإنه يجب أن يكون هذا العرض نقودا دون غيرها . فإذا كان المشترى قد أودع حال المرافعة شيكا لأمر البائع واعتبر الحكم هذا الإيداع

---

(١) السنهورى ص ٦٥٥ .

وفاء بالثمن مبرئا لذمة المشترى من الدين فإنه يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن الشيك وإن كان يعتبر أداة وفاء إلا أن الالتزام المترتب فى ذمة الساحب لا ينقضى بمجرد سحب الشيك بل قيام المسحوب عليه بصرف قيمته للمستفيد ".

(طعنان رقما ٢٤٧،٢٤٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٣)

٢- " متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة على العقد حتى وقت الحكم النهائى فى الدعوى ، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة على أن يوقع المشترى على عقد البيع النهائى لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس لحفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدنى و ٧٩٢ من قانون المرافعات فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٨)

٣- " إذا كان الثابت من بيانات الحكم أن عرض المطعون عليها باقى الثمن على الطاعنين حصل بعد رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى وظلا متمسكين بهذا العرض فى مواجهتهم رغم رفضهم قبوله فإن ذلك يعد بمثابة عرض أبدى أمام المحكمة حال المرافعة ولا يلزم لصحته اتخاذ إجراءات أخرى كإعلان هذا العرض عملا بالمادة ٧٩٢ من قانون المرافعات " .

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٣/٢٨)

٤- " الشيك وإن اعتبر فى الأصل أداة وفاء إلا أن مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة ساحبه ولا ينقضى التزامه إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد ".

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)

١٨٧ـ طريق خاص للعرض وارد بالمادة (٢٧) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر :

ورد بالمادة (٢٧) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر تنظيم خاص ميسر لعرض المستأجر الأجرة على المؤجر فى حالة رفضه قبولها إذ نصت على أن : " يجب أن يتم الوفاء بالأجرة المحددة وما فى حكمها كاملة إلى المؤجر طبقا لأحكام هذا الباب فى موعد لايجاوز الأسبوع الأول من الشهر المستحقة عنه أو الموعد المتفق عليه فى العقد وذلك بإيصال مثبتة فيه قيمة الأجرة .

فإذا امتنع المؤجر عن استلام الأجرة وإعطاء سند المخالصة عنها ، فللمستأجر قبل مضى ١٥ (خمسة عشر) يوما من تاريخ الاستحقاق أن يخطر المؤجر بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول لتسلمها خلال أسبوع ، فإذا لم يتسلمها خلال هذا الميعاد يودع المستأجر الأجرة دون رسوم خلال الأسبوع التالى خزانة مأمورية العوائد المختصة .

وفى المدن والقرى التى لا توجد بها مأموريات عوائد ، يتم الإيداع بخزينة الوحدة المحلية الواقع فى دائرتها العقار .

وعلى كل من المستأجر والجهة المودع لديها الأجرة إخطار المؤجر بهذا الإيداع بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم وصول .

ومع عدم المساس بما يكون للمؤجر من حقوق أخرى يعتبر إيصال الإيداع سندا لإبراء ذمة المستأجر من قيمة الأجرة المستحقة بالقدر المودع .

وعلى الجهة المودع لديها الأجرة أداء الأجرة المودعة للمؤجر فور طلبها دون قيد أو شرط أو إجراءات ".

وهذه المادة لم تنص صراحة أو ضمنا على إلغاء حكم المادة ٣٣٨ مدنى ، وليس ثمة تعارض بين النصين ، ذلك أن المشرع قصد بنظام الإيداع المنصوص عليه بالمادة (٢٧) المذكورة التيسير على المستأجر وأن يجنبه إجراءات العرض والإيداع المنصوص عليها بالمادتين ٤٨٧ ، ٤٨٨ مرافعات ، ومن ثم فإن للمستأجر أن يسلك أيا من الطريقين .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى المادة ٢٧ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والمادة ٣٣٨ من القانون المدنى يدلان على أن المادة ٢٧ سالفة البيان تضمنت تنظيما ميسرا لقيام المستأجر بسداد الأجرة التى يمتنع المؤجر عن تسلمها توقيا لقيامه برفع دعوى الإخلاء عليه ،

دون أن تنص صراحة أو ضمنا على إلغاء حكم المادة ٣٣٨ من القانون المدنى سالفة البيان ، وليس ثمة تعارض بين النصين ، ذلك أن المشرع قصد بنظام الإيداع المنصوص عليه بالمادة ٢٧ المذكورة التيسير على المستأجر وأن يجنبه إجراءات العرض والإيداع المنصوص عليها بالمادتين ٤٨٧ ، ٤٨٨ من قانون المرافعات ، إذا ما تعنت معه المؤجر ورفض استلام الأجرة ، فإن شاء سلك هذا الطريق الميسر وإن رأى أن يسلك الطريق المعتاد للإيداع فله ذلك متى توافرت شرائطه القانونية دون أن يعد مخالفا للنظام العام ، إذ ليس فى ذلك ما يمس هذا النظام من قريب أو بعيد ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٨)

المرحلة الثانية :

الإيداع :

نظم إجراءات الإيداع التقنين المدنى .

ونورد فيما يلى إجراءات الإيداع إذا كان المعروض مبلغا من النقود .

وهى كالآتى :

١- إذا كان المعروض مبلغا من النقود ، ورفض الدائن العرض، قام المحضر بإيداعها خزانة المحكمة فى اليوم التالى لتاريخ المحضر على الأكثر ، وعلى المحضر أن يعلن الدائن بصورة من محضر الإيداع خلال ثلاثة أيام من تاريخه (م٤٨٨/١ مرافعات) .

وقد ألقى المشرع فى القانون الجديد عبء إعلان الدائن بصورة محضر الإيداع على المحضر بعد أن كان ذلك على عاتق المدين العارض فى القانون القديم .

وإذا خالف المحضر الميعاد الذى حددته المادة لإيداع المبلغ المعروض خزانة المحكمة أو خالف الميعاد الذى حددته لإعلان الدائن بصورة من محضر الإيداع فلا يترتب على ذلك البطلان إلا أنه يعرض المحضر للمساءلة الإدارية (١).

والإيداع الحاصل على ذمة أحد دائنى المدين لا يخرج به المبلغ المودع عن ملكية المودع إلا بقبول الدائن له ، أما قبل أن يقبله فيستطيع المدين أن يوجه المبلغ الذى أودعه إلى أية وجهة أخرى .

والعبرة فيما إذا كان الإيداع قد تم مع التخصيص بمحضر الإيداع لا بمحضر العرض (٢).

وإذا حصل العرض حال المرافعة أمام المحكمة فى حضور من وجه إليه العرض ، فرفض هذا العرض سلمت النقود لكاتب الجلسة لإيداعها خزانة المحكمة . ويثبت فى محضر الإيداع ما أثبت بمحضر الجلسة خاصا بالعرض ورفضه . ولايحتاج هذا إلى إعلان للدائن .

ويلاحظ أنه فى كافة الحالات ، يشترط لصحة الإيداع أن يكون رفض العرض دون مبرر .

---

(١) أحمد أبو الوفا ص ١١٠٥ – المستشار مصطفى هرجه ص ٤٥٦ .

(٢) السنهورى ص ٦٥٦ .

١٨٨ـ آثار تخلف شروط العرض والإيداع :

إذا تخلفت الشروط الشكلية للعرض والإيداع كان العرض باطلا وفقا لقانون المرافعات أما إذا تخلفت الشروط الموضوعية المنصوص عليها فى القانون المدنى فإنه يترتب على ذلك عدم الاعتداد به كوفاء مبرئ للذمة (١).

١٨٩ـ الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن :

الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده ، فلا يجوز لغيره التمسك به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

١- " إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنتين لم تتمسكا ببطلان الإيداع ولم تقدما الدليل على سبق تمسكهما به أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديدا لايجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم١٠٣٣لسنة ٤٥ ق جلسة٦/٤/١٩٧٨- غير منشور)

٢- (أ)- " الدفع بعدم صحة إجراءات العرض والإيداع مقرر لمصلحة الدائن وحده فإن أسقط حقه فيه صراحة أو ضمنا فلا يجوز له العودة إلى التمسك به ، لان الساقط لا يعود " .

---

(١) أحمد أبو الوفا التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى ص ١٢٥٠ – المستشار عز الدين الدناصورى والأستاذ حامد عكاز التعليق على قانون المرافعات الطبعة السابعة ١٩٩٢ ص ٤٨٧.

(ب)- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن النزول عن الحق المسقط له كما يكون بالقول يكون بأى عمل أو إجراء دال بذاته على ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك " .

(طعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)

١٩٠- ورود قيد أو شرط على العرض أو الإيداع :

يجب ألا يكون العرض أو الإيداع مقترنا بأى شرط مفسد له ومخالفا لطبيعته ومرماه ما لم تكن طبيعة الالتزام تقتضى ذلك . فلا يجوز ورود قيد أو شرط لا يحل للمدين فرضه .

فيجوز للمدين أن يقرن العرض بحفظ كل حقوقه ضد الدائن أو بشروط لا تضر بمصلحة الدائن ، ولا تتنافى مع العرض باعتباره وفاء لما التزم به المدين ، كما إذا قام المدين بتنفيذ الحكم الصادر عليه والمشمول بالنفاذ وتمسك بحقه فى الطعن على الحكم ، ذلك لأن الحكم متى كان قابلا للتنفيذ فإنه يفرض على المدين ، وخير له أن ينفذه مختارا بغير مصاريف ، على أن يتحفظ بحق الطعن فيه.

كذلك يقبل الشروط التى تقتضيها القواعد العامة بغير تحفظ كما إذا اشترط المدين قبول الدائن شطب قيد الرهن[1].

كما يصح اقتران العرض والإيداع بشرط توقيع الدائن على مخالصة بالوفاء .

---

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا التعليق على نصوص قانون المرافعات الجزء الثانى منشأة المعارف بالاسكندرية ص ١٢٤٨ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- "إذا عرض المدين الأدوات والمهمات المحكوم عليه بتسليمها إلى المدعين ، وقيد عرضه بأن يدفعوا له المبلغ الذى حكم له به نهائيا قبلهم بمقتضى نفس الحكم الذى ألزمه بتسليم الأشياء المعروضة ، فهذا العرض صحيح . ومثل هذا الشرط لا يبطله ، لأن للمدين أن يشترط ما يكفل له حقه المحكوم له به ".

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١١/٥)

٢- " يشترط لصحة العرض أو الإيداع الذى يعقبه - سواء حصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة وفقا لنص المادة ٦٩٧ مرافعات أو على يد محضر وفقا لنص المادة ٦٨٥ مرافعات- أن يكون خاليا من أى قيد أو شرط لا يحل للمدين فرصة . فإذا كان المشترى قيد صرف باقى الثمن الذى أودعه بقيام البائع بإمضاء عقد البيع النهائى ، فى حين أنه سبق أن حصل على الحكم بصحة إمضاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإمضاء ويسجل وتنتقل الملكية بتسجيله ، فإن هذا القيد يكون تعسفيا ولا يكون هذا الإيداع مبرئا لذمة المشترى من الالتزام بالوفاء بالثمن ولا يرفع عنه وجوب دفع الفوائد عن باقى الثمن مادام قد تسلم العين وانتفع بثمارها ".

(طعن رقم ١٢١ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٩)

٤- " إذا كانت الشروط التى قيد بها العرض الحقيقى والإيداع ليس فيها ما يخالف النظام العام أو يتنافى مع مقتضى ومرمى الصلح الذى تم بين الطرفين بل هى شروط يستلزمها الدين المعروض ولا تخالف طبيعة العقد ، وكانت محكمة الاستئناف قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية – بأسباب سائغة – إلى أن رفض الدائن قبول الوفاء المعروض عليه عرضا صحيحا كان بغير مبرر وأن الإيداع الذى تلا هذا العرض كان صحيحا وتم وفقا للقانون فإنها إذا اعتبرت ذمة المدين قد برئت من المبلغ المودع – الذى التزم به فى عقد الصلح – تكون قد طبقت القانون تطبيقا صحيحا " .

(طعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

٤- " متى كان الإيداع الحاصل من الطاعن مشروطا بعدم صرف المبلغ المودع إلى المطعون ضدهم قبل الفصل فى جميع المنازعات القائمة بينهم وبينه بشأن الوصية فإن الإيداع لا يبرئ ذمته من المبلغ المودع ولا يحول دون سريان الفوائد من تاريخ استحقاقها قانونا إذ من شأن الشرط الذى اقترن به هذا الإيداع استحالة حصول المطعون ضدهم على ما يخصهم فى المبلغ المودع قبل الحكم نهائيا فى الدعوى التى رفعوها بطلب الموصى لهم به وبالتالى حرمانهم من الانتفاع به طوال نظرها أمام المحكمة ومن ثم يحق لهم طلب الفوائد عن المبلغ المقضى لهم به ".

(طعن رقم ١٧١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)

٥- " الشرط الذى يجعل العرض والإيداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق فى فرضه ، ومن ثم فإن إيداع المطعون ضدهما (المشتريين) باقى الثمن مع اشتراط عدم صرفه للطاعنة (البائعة) إلا بعد التوقيع على العقد النهائى طبقا لنصوص عقد البيع لا يؤثر على صحة العرض والإيداع ويبرئ ذمتهما من باقى الثمن ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بحق إلى أن الشرط الصريح الفاسخ لم يتحقق لعدم تمام الإعذار فإن أمر الفسخ فى هذه الحالة يكون خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ، ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم فى الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض طلب فسخ عقد البيع على أن المطعون ضدهما قاما بالوفاء بباقى الثمن فى الوقت المناسب إذ عرضاه على الطاعنة عرضا حقيقيا وأودعاه وذلك قبل الجلسة الأولى المحددة لنظر دعوى الفسخ ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)

٦-" المقرر أنه لا يؤثر فى صحة الإيداع أن يكون معلقا على شرط يكون للمدين الحق فى فرضه ولا يتنافى مع طبيعة الوفاء بالالتزام " .

(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٧- " المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أنه يشترط لصحة العرض والإيداع الذى يعقبه سواء حصل العرض وقت المرافعة أمام المحكمة أو على يد محضر أن يكون خاليا من أى قيد أو شرط لا يحل للمدين فرضه " .

(طعنان رقما ٣٢٤، ٤٤٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٦/٧/٧)

٨- " عرض الطاعن الأجرة المستحقة على المؤجر بموجب إنذارات وإيداعها خزانة المحكمة لعدم استلامه لها . اطراح الحكم المطعون فيه هذه الإنذارات وقضاؤه بالإخلاء استنادا إلى بطلان العرض والإيداع لاقترانهما بشرط توقيع المطعون ضده على مخالصة بالوفاء بالرغم من أنه شرط لا يتنافى مع طبيعة الوفاء بالالتزام بسداد الأجرة . خطأ حجبه عن بحث أثر صحة العرض والإيداع واختلاف القيمة الإيجارية الواردة بالتكليف بالوفاء عن المبينة بعقد الإيجار على صحة هذا التكليف .

(طعن رقم ١٧٨ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢١)

٩- " الشرط الذى يجعل الإيداع غير مبرئ للذمة هو ما لا يكون للمدين حق فى فرضه ، فلا يمنع من صحة الإيداع أن يكون معلقا على شرط يحق له فرضه " .

(طعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)

١٩١- مصاريف العرض والإيداع :

تكون مصاريف العرض والإيداع على نفقة الدائن ، إذا تم إعذار الدائن أو عرض عليه المدين الوفاء وديا فرفض ، أم إذا لم يحصل إعذار ولا عرض ودى قبل العرض الحقيقى ، وقبل الدائن العرض فإنه لا يتحمل بشئ [١].

أما إذا رفض الدائن قبول العرض دون مبرر ، فإنه يلتزم مصاريف العرض والإيداع ، ولا يؤثر فى ذلك أن يكون المدين قد خصم رسم الإيداع قبل العرض الحقيقى .

وقد رأينا أنه يستوى فى رفض العرض أن يصدر الرفض من الدائن شخصيا أو عند عدم وجوده وقت الإعلان ، من وكيله أو من يعمل فى خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والأقارب والأصهار .

أما إذا حكم بصحة العرض والإيداع - كما سنرى- فإن المصاريف تكون على الدائن .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان المشترى وفائيا قد رفض قبول عرض الثمن والملحقات بغير مسوغ قانونى فإن قيام ورثة البائع بخصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض لا يؤثر على صحة العرض والإيداع ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٢)

---

(١) عبد المعم الصده ص ١٠٣ .

٢- " المقرر أن مصروفات العرض والإيداع تكون على الدائن إذا حكم بصحة العرض والإيداع وكان الأخير متعسفا فى عدم قبول العرض بأن رفضه بغير مسوغ قانونى ".

(طعن رقم ٢٥٧ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٦)

٣- " مصروفات العرض والإيداع ورسم الإنذار . وقوعها على عاتق المدين . إلزام الدائن بها . شرطه . تعسفه فى عدم قبول العرض أو رفضه له بغير مسوغ قانونى . المادتان ١/٣٤٢ ، ٣٤٨ مدنى).

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥)

٤- " ولا يؤثر فى صحة العرض والإيداع خصم رسم الإيداع من المبلغ المعروض طالما أن رفض العرض لم يكن هناك ما يسوغه ".

(طعن رقم ٤٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٦/١١)

(أنظر فى عرض وإيداع الأشياء المعينة بالذات شرح المادة التالية) .

مــادة (٣٣٦)

إذا كان محل الوفاء شيئا معيناً بالـذات ، وكـان الواجـب أن يسلم فى المكان الذى يوجد فيه ، جاز للمدين بعد أن ينذر الـدائن بتسلمه أن يحصل على ترخيص من القضاء فى إيداعه . فإذا كان هذا الشئ عقاراً أو شيئا معداً للبقاء حيث وجد ، جاز للمـدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

الشـــرح

١٩٢ـ نصوص مرتبطة بالمادة فى قانون المرافعات :

١ـ الفقرة الثانية من المـادة (٤٨٧) :

" ويحصل عرض مالا يمكن تسليمه من الأعيان فـى مـوطن الدائن بمجرد تكليفه على يد محضر بتسليمه " .

٢ـ الفقرة الثانية من المادة (٤٨٨) :

" وإذا كان المعروض شيئا غير النقود جاز للمدين الذى رفض عرضه أن يطلب من قاضى الأمور المسـتعجلة التـرخيص فـى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى إذا كان الشئ مما يمكن نقلـه ، أما إذا كان الشئ معدا للبقاء حيث وجد جـاز للمـدين أن يطلـب وضعه تحت الحراسة ".

٣ـ الفقرة الثالثة من المادة (٤٨٩) :

" وإذا كان المعروض فى الجلسة من غير النقود تعـين علـى العارض أن يطلب إلى المحكمة تعيين حـارس عليـه . ولايقبـل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس ".

١٩٣ـ عرض وإيداع الأشياء المعينة بالذات :

إذا كان محل الوفاء شيئا معينا بالذات وكان يمكن نقله إلى الدائن بواسطة المحضر ، كالجوهرات والأوراق المالية فإنه يتم عرضه كالنقود ، وذلك بتسليم الشئ إلى المحضر لعرضه على الدائن بموجب محضر عرض تراعى فيها الأوضاع التى أشرنا إليها سلفا .

فإذا رفض الدائن قبول العرض جاز للمدين أن يطلب من قاضى الأمور المستعجلة الترخيص فى إيداعه بالمكان الذى يعينه القاضى . وقد يكون هذا المكان هو خزينة المحكمة إذا تيسر ذلك أو غيرها إذا لم يتيسر (م٤٨٨/٢ مرافعات).

أما إذا كان هذا الشئ عقارا أو شيئا معدا للبقاء حيث وجد ، كالآلات الزراعية والسيارات والمؤن وأدوات العمارة ، جاز للمدين أن يطلب وضعه تحت الحراسة (م٣٣٦ مدنى ، م ٤٨٨/٢ مرافعات) .

وتقوم الحراسة فى المكان الذى يعين أو فى المكان الذى يوجد فيه المعروض مقام الإيداع [١].

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن الترخيص بالإيداع أو بالوضع تحت الحراسة (م٣٣٦ مدنى) يمكن أن يصدر من قاضى الأمور الوقتية بناء على عريضة تقدم له من المدين [٢].

---

(١) السنهورى ص ٦٥٧ .

(٢) السنهورى ص ٦٥٧ – المستشار أنور طلبه ص ٢٩٣ .

ونرى أنه لايجوز سلوك هذا السبيل بعد تعـديل المـادة ١٩٤ مرافعات الواردة فى الباب العاشرمن القانون فى (الأوامر علـى العرائض) بالقانون رقم٢٣ لسنة ١٩٩٢ وأصبحت تنص على أنه : " فى الأحوال التى ينص فيها القانون على أن يكون للخصم وجـه فى استصدار أمر ، يقدم عريضة بطلبه إلى قاضى الأمور الوقتيـة بالمحكمة المختصة .... الخ " ، ذلـك أن المـادة ٣٣٦ مـدنى أو غيرها لم تنص على سلوك طريق الأمر .

وعلى ذلك يكون السبيل أمام المـدين فـى طلـب التـرخيص بالإيداع أو بوضع الشئ تحت الحراسة برفع دعـوى مسـتعجلة ، وهو الطريق الذى نصت عليه المادة (٢/٤٨٨ مرافعات) .

وقد ناطت المادة المذكورة الاختصاص بالإذن لقاضى الأمـور المستعجلةدون قاضى التنفيذ، لأنها مسألة لا تتعلق بالتنفيذ الجبرى.

وقد جاء بتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلـس الأمـة عـن مشروع قانون المرافعات بأن :

" ولما كانت المادة ٤٨٩ من المشروع الواردة بشأن العـرض والإيداع لا تعالج حالة تنفيذ جبرى ، وإنما يتعلـق الأمـر بوفـاء اختيارى ، فقد رأت اللجنة أن يكون الاختصاص المشار إليه فـى هذه المادة لقاضى الأمور المسـتعجلة لا لقاضـى التنفيـذ الـذى لايختص إلا فيما يتعلق بالتنفيذ الجبرى ".

١٩٤ ـ استصدار حكما من القضاء بالإيداع غير حتمى :

استصدار حكما من القضاء بالإيداع لا يعد من الشروط التحتمية لصحته ، فيجوز للمدين إيداع الشئ المعين بذاته مع إنذار الدائن بتسلمه على أن يخضع الأمر بعد ذلك لرقابة القضاء عند المنازعة فى صحة الوفاء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" استصدار المدين حكما من القضاء بالإيداع وفقا للمادة ٣٣٦ من القانون المدنى – لايعد من الشروط الحتمية لصحته فيجوز للمدين إيداع الشئ المعين بذاته مع إنذار الدائن بتسلمه على أن يخضع الأمر بعد ذلك لرقابة القضاء عند المنازعة فى صحة الوفاء".

(طعن رقم ٢٣٥٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٣/١٢)

كما قضت بأن :

" إذا كان المستأجر عندما عرض السيارة المؤجرة عرضا رسميا على المؤجر عند انتهاء مدة العقد ورفض المؤجر استلامها قام بإيداعها " جراجا " معينا وأنذر المؤجر بذلك على يد محضر وصرح له باستلامها بغير قيد ولا شرط ، فيجب على المحكمة أن تقول كلمتها فى هذا الإجراء وهل يعتبر مماثلا للإيداع فى حكم

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٩٤ .

المادة ٣٣٩ مدنى وهل هو يؤكد صحة العرض ويتوافر فيه موجب الإيداع من تخلى المدين وصلاحية مكان الإيداع . فإذا كانت المحكمة قد اعتبرت أن عرض السيارة فى هذه الحالة كان ناقصا دون أن تبحث صحة الإجراء الذى اتخذه المستأجر وتطلبت منه أن يكون قد حصل مبدئيا على حكم بإيداع السيارة فإن الحكم يكون قد خالف القانون إذ أن هذا الإجراء ليس من الشروط الحتمية لصحة الإجراء المماثل للإيداع الذى يجب أن يعقب العرض . فكما يجوز أن يكون هذا الإجراء المماثل قد طلب ابتداء من القضاء فى صورة دعوى حراسة يجوز أن يعرض على القضاء كدفع فى دعوى المطالبة بالأجرة ليقول فيه كلمته من حيث استيفاء الشروط السابق بيانها ".

(طعن رقم ٢٦ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٧)

أما إذا حصل عرض محل الالتزام أمام المحكمة حال المرافعة، وكان محل الالتزام مما يمكن عرضه بالجلسة كالحلى والمشغولات الذهبية والساعات والأجهزة الصغيرة وعرضهاالمدين فقبلها الدائن، فإن الوفاء يكون قد تم .

أما إذا رفض الدائن العرض بمقولة عدم مطابقة المعروض لمحل الالتزام كان على المحكمة ندب خبير لمطابقتها ، فإذا انتهى إلى التطابق وطلب العارض الحكم بصحة العرض وإيداع المحل

لدى أمين على نفقة الدائن كطلب عارض يثبت فى محضر الجلسة قضت المحكمة بذلك .

أما إذا كان المنقول مما يتعذر عرضه بالجلسة على نحـو مـا سلف أو كان محل الالتزام عقارا جاز للعـارض طلـب تعيـين حارس على المعروض كطلب عارض مسـتعجل ويجـب علـى المحكمة أن تصدر حكما وقتيا فى هـذا الطلـب ، بتعيـين خبيـر الجدول صاحب الدور حارسا تكون مهمته تسلم المعروض فـورا من المدين وإثبات حالته ومطابقته على عقد النزاع ثم تسليمه للدائن وتقديم تقريره فى الجلسة التى تحددها لذلك، ومتى تسـلم الخبيـر المعروض ، وهو ما يقوم مقام الإيداع وأودع تقريره وجب علـى العارض أن يطلب الحكم بصحة العرض ، وحينئذ فإن ذمة المدين تبرأ من التزامه ، منذ العرض الذي تم فى الجلسة بشرط صـدور حكم نهائى بصحة العرض ، وحينئذ تتصدى المحكمة للموضـوع ولطلب صحة العرض .

أما إذا لم يتقدم المدين بالطلب العارض بوضـع الشـئ تحـت الحراسة ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بذلك من تلقاء نفسها [1].

ويراعى أنه لا يقبل الطعن فى الحكم الصادر بتعيين الحارس.

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٢٩٤ ومابعدها .

١٩٥- هل يجوز حجز المودع بواسطة دائن المدين أو دائن الدائن :

اختلف الرأى فى صدد جواز الحجز على الشئ المودع قبل أن يتم قبول الدائن للعرض أو قبل أن يصدر الحكم بصحته ، لأنه متى قبل الدائن العرض أو صدر الحكم بصحته أصبح من ماله هو .

والصحيح فى هذا الصدد هو عدم جواز الحجز على المودع بواسطة دائن المدين ، لأن الإيداع من جانب هذا الأخير هو بمثابة إيداع مع التخصيص لصالح من تم العرض والإيداع لصالحه ، وليس ثمة ما يمنع فى القانون من أن يقوم المدين بالوفاء لصالح دائن معين ، فيفضله على غيره من الدائنين ، كل هذا ما لم يمنع القانون ذلك صراحة . هذا على الرغم من أن الإيداع لا يعتبر فى ذاته وفاء مبرئا للذمة إلا بعد قبول الدائن له أو صدور الحكم بصحته ، وشأن هذا الإيداع شأن الإيداع مع التخصيص المقررة فى حجز ما للمدين لدى الغير .

أما حجز دائن الدائن على ما تم إيداعه لصالح هذا الأخير ، فهو صحيح معلق على قبوله أو صدور الحكم بصحة هذا الإيداع .

وغنى عن البيان أن رفض الدائن للعرض أو الحكم ببطلانه لا يمنع من توقيع حجز دائن المدين العارض على المعروض ، كما يصح الحجز الموقع منه عليه من قبل(١) .

---

(١) أحمد أبو الوفا ص ١٢٥٤ – المستشار مصطفى هرجه ص ٤٥٦ .

مــادة (٣٣٧)

١- يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلنـــى الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى تكلف نفقات باهظة فـــى إيداعها أو حراستها ، وأن يودع الثمن خزانة المحكمة .

٢- فإذا كان الشئ له سعر معروف فى الأســـواق ، أو كـــان التعامل فيه متداولا فى البورصات فلا يجوز بيعه بـــالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارسة بالسعر المعروف .

الشرح

١٩٦- استئذان القضاء فى بيع بعض الأشياء بالمزاد :

إذا كان محل الوفاء شيئا من الأشياء التى يسرع إليها التلف كـــاللحوم والأسماك والخضروات أو التى يتطلب إيداعها أو حراستها نفقات باهظة لا تتناسب مع قيمتها كمقادير كبيرة من محصول أو خلافه جاز للمـــدين بعـــد استئذان القضاء أن يبيعها بالمزاد العلنى وأن يودع الثمن خزانة المحكمـــة . أما إذا كان الشئ له سعر معروف فى الأسواق أو كان التعامل فيه متـــداولا فى البورصات فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تعذر البيع ممارســـة بالســـعر المعروف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الأشياء التى يسرع إليها التلف ، أو التى يتطلب إيداعها أو القيام بحفظها نفقات لا تتناسب مع قيمتها ، فيجوز بيعهـــا بـــالمزاد

العلنى أو بالسعر الجارى ، بعد استئذان القضاء ويودع الثمن خزانة المحكمة "[1].

ولم يصرح النص باستصدار أمر على عريضة من قاضى الأمور الوقتية بالإذن ، ومن ثم فإن المدين يلجأ إلى القاضى المستعجل طالما توافر شروط الاستعجال .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٩ .

مــادة (٣٣٨)

يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جـائزا أيضـا ، إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفـاء ، أو كـان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هنـاك أسـباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء .

الشــرح

١٩٧ـ حالات يجـوز فيهـا الإيـداع أو مـا يقـوم مقامـه دون سلوك طريق العرض الحقيقى :

رأينا أن الإيداع أو ما يقوم مقامه كتعيين حارس مثلا هو الذى يبرئ ذمة المدين . والأصل أن الإيداع لايجوز – سواء فى الحالات التى لايحتاج فيها إلى ترخيص أو فى الحالات التى يحتاج فيها إلى ذلك – إلا بعد عرض الشئ محل الوفاء على الدائن عرضا فعليا أو على الأقل عرضا حكميا بتكليفه بتسلمه .

غير أنه توجد حالات يتعذر فيها على الدائن عرض محل الدين على الدائن مع وجود مصلحة له فى قضاء الدين ، فأجـازت لـه المادة إيداع الشئ مباشرة دون القيام بـإجراء العـرض ، وهـذه الحالات تخلص فيما يلى .

١- إذا كان المدين يجهل شخصية الدائن أو موطنه :

ومثال ذلك أن يتوفى الدائن وينتقل الدين إلى ورثة لا يعرفهم المدين ، وقد يعرفهم المدين ولكنهم لا يتفقون جميعا على شطب الرهن[١].

٢- إذا كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل الوفاء :

ويستوى أن يكون الدائن عديم الأهلية أو ناقصها وقت نشوء الدين أو وقت انتقال الدين إليه ، كانتقاله إليه بالإرث .

٣- إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق من بينهم .

٤- إذا وجدت أسباب جدية تبرر الإيداع دون عرض . كما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ، فله أن يقوم بالإيداع فى هذه الحالة[٢] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قد يلجأ المدين إلى الإيداع ولو لم يعذر الدائن ، ويقع ذلك : (أ) إذا كان يجهل شخصية الدائن أو محله (كما هو الشأن فى وارث مجهول) (ب) أو إذا كانت أهلية أداء الدائن مقيدة أو

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٥.

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٢٠٥ .

معدومة ، ولم يؤذن لنائب فى استيفاء الدين باسمه (ج) أو إذا كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ولم يتيسر للمدين التثبت من صاحب الحق من بينهم (د) أو إذا كانت هناك أسباب جدية أخرى تبرر هذا الإجراء (كما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه، فله أن يقوم بالإيداع فى هذه الحالة) "[١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ، فمتى كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة إيداع الثمن دون أن يسبقه عرض حقيقى على ما قرره من أن البائع أقام دعواه بفسخ عقد البيع قبل رفع المشترى لدعواه بصحته ونفاذه ، وأن التزام المشترى بدفع باقى الثمن معلق على التوقيع على العقد النهائى ، وقد امتنع البائع عن التوقيع عليه ، فلم يكن له حق فى استيفاء الثمن حتى يعرضه المشترى عليه . وخلص الحكم من ذلك إلى أن هذين السببين جديان ويبرران هذا الإجراء طبقا للمادة ٣٣٨ من القانون المدنى . فإن هذا الذى ذكره الحكم فى تبرير قيام المشترى بإيداع باقى الثمن مباشرة دون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٥ .

عرضه على البائع هو قول يؤدى إلى ما انتهى إليه مـــن اعتبـــار الإيداع صحيحا .

(طعن رقم ١٦٣ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٥)

٢- " نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى يجيز للمدين الوفـــاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانـــت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب - على ما صرحت به المذكرة الإيضاحية - حالة ما إذا كان المدين يطالـــب بـــالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ومن ثم يكون للبـــائع بعد فسخ البيع فى حالة رفض المشـــترى تسـليمه المبيـــع مقابـــل استيفائه ما دفعه من الثمن أن يوفى بالتزامه برد الثمن الذى قبضه عن طريق إيداعه مباشرة لذمة المشترى دون حاجة إلى عرضـــه عليه " .

(طعن رقم ٤٩٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧)

٣- " النص فى المادة ٣٣٨ من القانون المدنى على أنه " يجوز للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضـــه علـــى الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك وعلى ما صرحت به المذكرة الإيضاحية على أنه من بين هذه الأسباب حالـــة إذا كـــان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه".

(طعن رقم ١٠٨٣ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢١)

٤- " مؤدى نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى سالفة البيان أن للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل ما لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه " .

(طعن رقم ٦٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٨)

٥- " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن مؤدى نص المادة ٣٣٨ من القانون المدنى أنه للمدين الوفاء بدينه عن طريق إيداعه مباشرة دون عرضه على الدائن إذا كانت هناك أسباب جدية تبرر ذلك ومن هذه الأسباب حالة ما إذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسر له استيفاؤه قبل تنفيذ التزامه ، فله أن يقوم بالإيداع مباشرة على ذمة الدائن دون حاجة إلى عرضه عليه .

(طعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)

١٩٨- تقدير محكمة الموضوع لجدية الأسباب التى تبرر الإيداع :

محكمة الموضوع هى التى تستقل بتقدير جدية الأسباب التى تبرر الإيداع دون عرض ، دون معقب عليها فى ذلك من محكمة النقض متى أقامت ذلك على أسباب سائغة.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " مجادلة الطاعنة فى جدية الأسباب التى تخول للمطعون ضدهم حق حبس الباقى من الثمن والوفاء به بطريق الإيداع مجادلة موضوعية غير مقبولة لأن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه فى ذلك على أسباب سائغة ولها سندها فى الأوراق وتكفى لحمله ".

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

(ب)- " لما كان الحكم المطعون فيه قد أعمل اتفاق الطرفين وخلص بأسباب سائغة ولها سندها إلى ثبوت الأسباب الجدية التى يخشى منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم ، وأن الطاعنة قصرت فى تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن – للبنك – وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع على العقد النهائى ، وهى الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقى الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١، ٢/٤٥٧ من القانون المدنى ويجعل وفاءهم به عن طريق إيداعه صحيحا طبقا لما تقضى به المادة ٣٣٨ من هذا القانون لثبوت الأسباب الجدية التى أوردها تبريرا لهذا الإجراء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ، ولا يقدح فى ذلك أن يكون الحكم قد أخطأ فى وصف اشتراط الطاعنة فى العقد أن الرهن لا يمنع من سداد الثمن بأنه شرط قائم

على الغش في حين أنها لم تخف الرهن على المشترين ضدهم وأجازت لهم حبس الدين وفوائده من باقي الثمن ، لأن ذلك الوصف لم يكن لازما لقضائه ".

(طعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠)

٢- " تقرير جدية الأسباب التي تبرر الإيداع دون عرض ، وتقدير سلامة الشرط الذي يسوغ الإيداع به هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب من محكمة النقض متى أقامت ذلك على أسباب سائغة ".

(طعن رقم ٣٦٥٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٥)

١٩٩- عدم لزوم إعلان محضر الإيداع :

وجوب إعلان محضر الإيداع إلى الدائن خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ، قاصر على حالة الإيداع التي يسبقها إجراء العرض الحقيقي ، إذ لم يستلزم القانون هذا الإعلان بالنسبة للإيداع المباشر الذي لا يسبقه عرض حقيقي .

مـادة (٣٣٩)

يقوم العرض الحقيقى بالنسبة إلى المدين مقـام الوفـاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعات ، أو تلاه أى إجـراء مماثل. وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائى بصحته .

الشـرح

٢٠٠ـ قيام العرض الحقيقى والإيداع مقام الوفاء :

تنص المادة على أن العرض الحقيقى يقوم بالنسبة إلى المـدين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقا لأحكام قانون المرافعـات ، أو تلاه أى إجراء مماثل كتعيين حارس على الشئ .

وقد أوردنا فيما سلف إجراءات الإيداع طبقـا لأحكـام قـانون المرافعات .

غير أنه لا يكفى أن يتم العرض الحقيقـى والإيـداع ، طبقـا للإجراءات المقررة ، بل يجب أن يقبل الدائن العـرض الحقيقـى والإيداع أو يصدر حكم نهائى بصحتهما .

فإذا لم يقبل الدائن العرض الحقيقـى والإيـداع جـاز للمـدين استصدار حكم نهائى بصحة العرض والإيداع .

غير أنه لا يتحتم فى حالة عدم قبول الدائن العـرض الفعلـى والإيداع استصدار حكم نهائى بصحتهما ، وإنما يصـح أن يثبـت المدين صحتهما إذا نازعه الدائن فى ذلك فى دعوى يقيمها.

ويترتب على قبول العرض والإيداع أو الحكم بصحتهما أن تبرأ ذمة المدين اعتبارا من يوم العرض وليس من يوم الإيداع أو الحكم[١] .

ومجال الحكم بصحة العرض والإيداع أن يكونا قد تما طبقا لأحكام القانون وأن يكون امتناع الدائن عن قبول الوفاء بغير مبرر.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان محضر الإيداع لم تسبقه إجراءات العرض الحقيقى المنصوص عليها فى المادتين ٤٨٧ ، ٤٨٨ من قانون المرافعات والمادتين ٣٣٤ ، ٣٣٩ من القانون المدنى ، فإنه لا يعتبر وفاء مبرئا للذمة " .

(طعن رقم ٤٦٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٠/١/٥)

٢- " العرض لا يقوم مقام الوفاء المبرئ للذمة من المبلغ المعروض – على ما تقضى به المادة ٣٣٩ من القانون المدنى والمادة ٤٨٩ من قانون المرافعات – إلا إذا تلاه إيداع المبلغ خزانة المحكمة ، ولما كانت الطاعنة قد اكتفت بعرض الشيك على المطعون ضدها بالجلسات ثم احتفظت به بعد أن رفضت الأخيرة قبول هذا العرض فإنها لا تكون قد أوفت بقيمته للطاعنة " .

(طعن رقم ٧٤٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٦)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٠ – وقارن مذكرة المشروع التمهيدى فتذهب إلى أن براءة الذمة تستند إلى وقت إعلان الإيداع (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢١٠) .

وكما يكون طلب القضاء بصحة العرض والإيداع أو بصحة الإيداع المباشر صريحا يصح أن يكون ضمنيا .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المشترى قد أورد بصحيفة دعواه التى أقامها ضد البائع " أنه عرض على البائع القسط المستحق من الثمن عرضا حقيقيا بإعذار أعلن له فرفض استلام المبلغ وقام المحضر بإيداعه خزانة المحكمة لذمة المعلن إليه على أن يصرف له بلا قيد ولا شرط ولا إجراءات وأعلن بمحضر الإيداع فى ذات اليوم وأنه يحق للطالب والحال هذه رفع الدعوى بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ". فإن هذا الذى أسس عليه المشترى دعواه يتضمن حتما طلبه القضاء بصحة العرض والإيداع . فإذا ذهبت المحكمة إلى أن العرض والإيداع الحاصل من المشترى لا يعتبر مبرئا لذمته من القسط الذى حل ميعاده لأن البائع رفض العرض ، وتطلبت المحكمة أن يحصل المشترى على حكم سابق بصحة العرض والإيداع ، ولم تقم اعتبارا للطلب الموجه بالدعوى المرفوعة أمامها من المشترى بحسبانه طلبا سابقا على طلب الحكم بصحة ونفاذ العقد ، فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون ، وحجبت نفسها عن بحث طلب صحة العرض والإيداع الذى تضمنته صحيفة دعوى المشترى ".

(طعن رقم ١٦٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٤)

بل إنه متى قام المشترى بعرض وإيداع الثمن أو إيداعه مباشرة فى الحالات التى يجوز له فيها ذلك وأقام دعواه بصحة ونفاذ عقد البيع ، اندرج ضمنها طلب صحة العرض والإيداع ويكون هذا الطلب ضمنيا إن لم يصرح به فى الصحيفة أو بمحضر الجلسة أو بمذكرته وللمحكمة التصدى لهذا الطلب الضمنى ويستدل على قضائها الضمنى فيه بقضائها فى الدعوى فإن رفضتها لعدم وفاء المشترى بالثمن تضمن ذلك قضاء ضمنيا ببطلان العرض والإيداع ، أما إن قبلتها دل ذلك على صحته [١].

ولا يحول وجود الشرط الفاسخ الصريح بالعقد دون صحة العرض والإيداع ولو بعد الميعاد المقدر للوفاء متى أسقط الدائن حقه فى هذا الشرط بقبوله قسطا وفاء جزئيا بعد الميعاد المحدد لذلك ، إذ يجب لإعمال موجب الشرط الفاسخ الصريح أن يتمسك به الدائن فور إخلال المدين بالميعاد المحدد للوفاء والذى اتفق على الفسخ عند الإخلال به ، بحيث إذا لم يقم المدين بالوفاء فى الميعاد المحدد ولم يتمسك الدائن بالفسخ وإنما قبل الوفاء ، فإنه يكون قد تمسك بتنفيذ العقد وبالتالى أسقط حقه فى الشرط الفاسخ الصريح [٢].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٣ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٣١٣ ومابعدها .

٢٠١ـ وجوب إيداع المعروض الذى لم يتلو عرضه إيداع مع فوائده :

تنص المادة (٤٩٠) من قانون المرافعات على أنه : " لا يحكم بصحة العرض الذى لم يعقبه إيداع إلا إذا تم إيداع المعروض مع فوائده التى استحقت لغاية يوم الإيداع ، وتحكم المحكمة مع صحة العرض ببراءة ذمة المدين من يوم العرض " .

ففى دعوى صحة العرض والإيداع ، لا يجوز الحكم بصحة العرض وحده إذا لم يعقبه إيداع ، أو أى إجراء مماثل كوضع المعروض تحت الحراسة على النحو الذى قدمناه . ولا يقتصر الأمر على عرض المعروض وحده ، بل يجب أن يعرض ويودع مع فوائده سواء كانت قانونية أو اتفاقية التى استحقت لغاية يوم الإيداع.

وإذا تمثل الدين فى الثمن أو الباقى منه ، فلا يلتزم المشترى بالوفاء بها مع الثمن إلا إذا كان البائع قد قام بالوفاء بالتزامه بتسليم المبيع بشرط أن يكون المبيع ينتج ثمرات أو إيرادا فإن لم يكن البائع قد سلم المبيع أو كان قد سلمه ولكنه لم يكن ينتج ثمرات أو إيرادا ، فإن المشترى لا يلتزم بفوائد عن الثمن فتبرأ ذمته بعرضه أو إيداعه دون فوائد [١].

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٣١٥ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم الاستئنافى مع تقريره أن محكمة أول درجة قد أصابت فى قضائها بفسخ البيع لعدم قيام المشترى بالوفاء بالتزاماته بإيداع الثمن جميعه مع الفوائد المستحقة ، والجزء الذى أودعه كان ناقصا لما شاب إيداعه من عيوب ، قد اعتبر قيام المشترى بإيداع ما هو مستحق على متأخر الثمن من فوائد لغاية تاريخ إيداع ذلك الجزء ورسوم الإيداع السابق خصمها من أقساط الثمن - اعتبر ذلك هو كل يجب على المشترى الوفاء به دون بيان العلة التى من أجلها لم ير موجبا لإلزامه بفوائد تأخر الثمن من تاريخ الإيداع الذى اعتبرته المحكمة غير مبرئ للذمة لغاية التاريخ الذى أجلت إليه الدعوى لإيداع تكملة الثمن ، فإن سكوته من إيراد أسباب لقضائه فى هذا الخصوص مع كون الفوائد المشار إليها مستحقة الأداء وتعد جزءا من الثمن وفقا لنصوص العقد وعملا لأحكام المادة ٣٣٠ ، والوفاء بالثمن وملحقاته شرط أساسى لتوقى الفسخ ، فإنه يكون قاصرا متعينا نقضه " .

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

٢-" إن المشترى لا يكون قد وفى بالتزاماته كاملة إذا لم يودع الثمن وما استحق عليه من فوائد حتى وقت الإيداع عملا بالمادة ٣٣٠ من القانون المدنى (القديم) وبدون هذا الإيداع الكامل لا

يمكن تفادى الفسخ المترتب على عدم قيـــام المشـــترى بالتزاماتـــه المنصوص عليها فى العقد . وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ البيع أقام قضاءه على أن العقار المبيع الـــذى تســـلمه المشترى ينتج ثمرات وأن المشترى قد اقتصر عند الإيداع علـــى المبلغ الباقى عليه من الثمن أن يضيف ما استحق من فوائد والتـــى لا يشترط فى استحقاقها المطالبة بها قضائيا أو الاتفاق عليها بـــين أصحاب الشأن فإن ما قرره هذا الحكم صحيح فى القانون " .

(طعن رقم ١٠٦ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٢/٣/٦)

مـادة (٣٤٠)

١- إذا عرض المدين الدين وأتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل ، جاز له أن يرجع فى هذا العرض مادام الدائن لم يقبله ، أو مادام لم يصدر حكم نهائى بصحته ، وإذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامنين .

٢- فإذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته . وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، لم يكن لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامن .

الشـرح

٢٠٢ـ مواد مكملة من قانون المرافعات :

(المواد ٤٩١ـ٤٩٣ مرافعات) :

مادة (٤٩١) : إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه ، يجوز للدائن أن يقبل عرضا سبق له رفضه وأن يتسلم ما أودع على ذمته ، متى أثبت للمودع لديه أنه أخبر المدين على يد محضر بعزمه على التسليم قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويسلم الدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بما قبضه .

مادة (٤٩٢) : يجوز للمدين أن يرجع عن عِرض لم يقبله دائنه وأن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه متى أثبت أنه أخبر

دائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام .

مادة (٤٩٣) : لايجوز الرجوع عن العرض ولا استرداد المودع بعد قبول الدائن لهذا العرض أو بعد صدور الحكم بصحة العرض وصيرورته نهائيا .

٢٠٣ـ متى يجوز للمدين الرجوع عن العرض والإيداع ؟

يجوز للمدين الرجوع عن العرض والإيداع ، أو ما يماثله في إحدى حالتين :

الحالة الأولى :

إذا كان الدائن لم يقبل العرض ، أو مادام لم يصدر حكم نهائى بصحته . .

وإذا رجع المدين فى العرض والإيداع ، فإنه لا تبرأ ذمة شركائه فى الدين ولا ذمة الضامن .

وقد أجازت له المادة ٤٩٢ مرافعات فى هذه الحالة أن يسترد من خزانة المحكمة ما أودعه متى أثبت أنه أخبر دائنه على يد محضر برجوعه عن العرض وكان قد مضى على إخباره بذلك ثلاثة أيام .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولا يعتبر العرض الحقيقى المشفوع بالإيداع أو بأى إجـراء مماثل (كالحراسة أو إيداع الثمن) لازما ، فللمدين أن يرجع فـى هذا العرض قبل قبول الدائن له ، أو قبل الحكم بصحته ، فإذا وقع ذلك اعتبر العرض كأن لم يكن ، وظلت المسئولية عن الدين قائمة بالنسبة للمدين والملتزمين معه والكفلاء" [١].

الحالة الثانية :

إذا كان الدائن قد قبل العرض، أو لم يقبله وصدر حكم بصحته، ولكن الدائن قبل منه الرجوع ، فإن رجوع المدين يكون صحيحا . ويكون الوفاء كأن لم يكن .

إلا أنه لا يكون للدائن بعد قبوله أن يتمسك بما يكفل حقه مـن تأمينات كما تبرأ ذمة الشركاء فى الدين وذمة الضامن .

ومتى قبل العرض المشفوع بالإيداع أو بإجراء مماثل لـه ، أو حكم بصحته أصبح لازما وامتنع الرجوع فيه ، ويكون لمثل هـذا العرض حكم الوفاء ، ويستند أثره إلى الماضى فيعتبر أنه تم وقـت إعلان الإيداع ويعتبر أنه تم وقت إعلان الإيـداع ، وتعتبـر ذمـة المدين والملتزمين معه بالدين والكفلاء قد برئت من هذا الوقـت .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٩ .

على أن للدائن أن يرتضى رجوع المدين فى عرضه الحقيقى ، بعد القبول أو بعد صدور الحكم بصحته ، وعندئذ يعتبر الوفاء كأن لـم يكن ، دون أن يخل ذلك بحقوق الملتزمين مع المدين بالـدين ، أو الكفلاء ، فهؤلاء تبرأ ذمتهم نهائيا ، ولا يكون لهذا الرجـوع أثـر بالنسبة لهم [١] .

٢٠٤ـ قبول الدائن عرضا سبق رفضه :

إذا لم يكن المدين قد رجع فى عرضه ، فإنه يجوز للدائن الذى كان قد رفض هذا العرض ، أن يقبل هذا العرض من جديـد ، وأن يتسلم ما أودع على ذمته وذلك بشرطين :

١- أن يعلن المدين على يد محضر بعزمه على تسلم المـودع قبل حصوله بثلاثة أيام على الأقل . ويكون الإعلان فى المـوطن الأصلى للمدين أو المختار لتنفيذ العقد مع إضافة مواعيد المسـافة وفقا لما ينص عليه القانون [٢].

٢- أن يثبت للمودع لديه الإجراء السابق ويكـون ذلـك فـى الغالب بتقديم صورة من الإعلان الموجه للمـدين ويسـلم الـدائن المودع لديه صورة محضر الإيداع المسلمة إليه مع مخالصة بمـا قبضه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٩ ومابعدها .

(٢) أحمد أبو الوفا ص ١٢٥٦ .

٢ـ محل الوفـــاء

مـــادة (٣٤١)

الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء ، فـــلا يجبـــر الدائن على قبول شئ غيره ، ولو كان هذا الشئ مساويا له فـــى القيمة أو كانت له قيمة أعلى .

الشـــرح

٢٠٥ ـ وجوب الوفاء بذات الشئ:

يجب أن يقع الوفاء على الشئ المستحق أصـــلا ســـواء أكـــان الالتزام به التزاما بنقل حق عينـــى أم التزامـــا بعمـــل أو التزامـــا بالامتناع عن عمل . فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره ، ولـــو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى . إلا إذا قبل الدائن ذلك ، أو يكون متضمنا فى رفضه هذا القبول.

فإذا كان الشئ المستحق معينا بذاته كسيارة محـــددة أو أثـــاث محدد وجب الوفاء به نفسه لا بأى شئ آخر .

وإذا كان غير معين إلا بنوعه مثل كمية من الفول أو القمح ... الخ ، وجب كذلك الوفاء به على الوجه المحدد فى مصدر الالتـــزام به . فإذا لم تعين درجة جودته ولم يمكن اســـتخلاص ذلـــك مـــن العرف أو من أى ظرف آخر ، كان الوفاء بشئ من صنف متوسط (م١٣٣/١ مدنى).

وإذا كان محل الوفاء عملا يتطلب للوفاء بــه بــذل عنايــة أو تحقيق غاية ، فلا يتم الوفاء إلا إذا بذلت تلك العنايــة فــى بعــض الالتزامات أو تحققت هذه الغاية فى الالتزامات أخرى .

وإذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ، وأتاه المدين ، أصبح تنفيذه مستحيلا ، ولا يبقى للدائن سوى التعويض .

وإذا كان محل الالتزام إعطاء شئ معين بالذات ، فإن المــدين تبرأ ذمته إذا قام بتسليم الشئ بالحالة التى يكون عليها وقت التسليم، حتى لو أصاب الشئ تلف بعد نشوء الالتزام . ولكنه يســأل عــن التلف إذا كان قد أعذر بالتسليم قبل حصوله أو كــان هــذا التلــف راجعا إلى خطئه غير أن هذه القاعدة لا تنطبق إذا اتفق العاقــدان على ما يخالفها أو إذا قضى القانون بغيرها . ومثل الحالة الأولــى أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون المبيع فى حالة حسنة عنــد التسليم ، ومثل الحالة الثانية ما تقضى به المادة ٥٦٤ مــدنى مــن وجوب تسليم العين المؤجرة وملحقاتها فى حالة تصلح معهــا لأن تفى بما أعدت له من المنفعة[١] .

وكانت المادة (٤٧٩) من مشروع التقنين المدنى تنص علــى ذلك إلا أنها حذفت فى لجنة المراجعة لأن حكمهــا مســتفاد مــن القواعد العامة [٢].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٠٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٠٩ ص ٢١٤ .

وإذا كان الشئ المستحق على المدين نقودا وجب الوفاء به نقدا، ولا يجبر الدائن على قبول شئ آخر عوضا عن النقود ولـــو زادت قيمته عنها .

ولا يجبر الدائن أيضا على قبول شــيك بـــالمبلغ المســـتحق أو إرسال حوالة بريدية إليه بالمبلغ ، ولا يترتب على ذلك براءة ذمـــة المدين ، إذ أن براءة الذمة فى هـــاتين الصـــورتين لا تكـــون إلا بصرف قيمة الشيك أو الحوالة [١].

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

١- " لا تبرأ ذمة المدين بمجرد إرساله حوالة بريديـــة بقيمـــة الدين إلى الدائن ، بل بقبض الدائن قيمة هذه الحوالة فعلا . وعلى المدين إذا ادعى براءة ذمته من الدين إثبات ذلك " .

٢- " الشيك وإن اعتبر فى الأصـــل أداة وفـــاء إلا أن مجـــرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئا لذمة ساحبه ولا ينقضى التزامـــه إلا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك للمستفيد " .

(طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١٠)

ويكون الوفاء بالالتزام بقدر عدد النقود المحـــدد فـــى مصـــدر الالتزام به دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقـــود أو لانخفاضـــها

---

(١) محمد على عمران ص ٢٣٤ .

وقت الوفاء أى أثر (م١٣٤ مدنى) ويتحمل الدائن تبعا لذلك نتيجة هبوط قيمة العملة الورقيــة ، ولــيس لارتفــاع قيمــة العملــة أو لانخفاضها وقت الوفاء بالدين أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق يقصد به الدائن حماية نفسه وتأمينه من عدم استقرار قيمة هــذه النقــود ومثال ذلك الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود ورقية معادلة لقيمــة الذهب[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينبغى أن يقع الوفاء على الشئ المستحق أصلا ، سواء أكــان الالتزام به إلتزاما بنقل حق عينــى أم التزامــا بعمــل أم التزامــا بالامتناع عن عمل فلا يجوز ن يستبدل بهذا الشئ شئ آخر ولــو كان أعلى منه قيمة، إلا أن يرتضى الــدائن الاعتيــاض (الوفــاء بمقابل) ، أو أن يكون ظاهر التعنت "[2].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢١٢ ومابعدها - محمد على عمران ص ٢٣٤ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٣ ص ٢١٢ .

مـــادة (٣٤٢)

١- لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيــاً لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- فإذا كان الدين متنازعا فى جزء منـــه وقبـــل الــدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء .

الشـــرح

٢٠٦ ـ عدم إجبار الدائن على الوفاء الجزئى :

لايجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاء جزئيا لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

ويعتبر وجوب الوفاء بكل الشئ المستحق أوعدم تجزئة الوفاء ، نتيجة لضرورة الوفاء بنفس الشئ الذى ورد فى المـــادة الســـابقة . فمادام المدين يتعيّن عليه الوفاء بالشئ المستحق وجب عليه أن يفى به كله ولم تجز تجزئته .

فللدائن الحق فى أن يستوفى دينه كله دفعه واحدة . فـــإذا كـــان للدائن فوائد زيادة على أصل الدين ، فإن له الحق فى أن يـــرفض قبول الوفاء بهذا الأصل إذا كان المدين لم يقدم الفوائد فـــى نفـــس الوقت ، لأن الفوائد تعتبر من ملحقات الأصل ، أما إذا كان للدائن ديون متعددة ، فإن للمدين أن يفى بأحدها ، وليس للدائن أن يرفض

هذا الوفاء بحجة عدم الوفاء بالديون الأخرى لأن مبدأ عدم تجزئة الوفاء لا يقوم إلا بالنسبة إلى الدين الواحد[١] .

وهذه القاعدة ليست متعلقة بالنظام العام ولذلك جاء بعجز الفقرة الأولى من المادة عبارة " ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ".

وعلى ذلك إذا اتفق الطرفان على تجزئة الوفاء وقت العقد أو وقت الوفاء ، تعين إعمال الاتفاق . وقد يجيز نص خاص تجزئة الوفاء ، ومثال ذلك :

١- إذا تعدد الكفلاء ، دون أن يكونوا متضامنين ، لم يجز للدائن أن يرجع على أى منهم إلا بقدر نصيبه في الدين ، فلا يستوفى دينه إلا جزء أجزءا ، وذلك بناء على ما للكفيل من حق تقسيم الدين (م٧٩٣/١ مدنى) .

٢- أن يكون المدين ذا عسرة ويستعمل القاضى سلطته في تقسيط الدين بناء على المادة ٣٤٦/٢ مدنى .

٣- فى المقاصة ، إذا تقابل دينان أحدهما أكبر من الآخر ، وقعت المقاصة بينهما بقدر الدين الأصغر(م٣٦٥/٢ مدنى) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- إذا كان الدين معين المقدار مستحق الأداء ، فلا يجوز أن يلزم الدائن بقبول الوفاء بجزء منه ولو كان قابلا للانقسام ،

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ١٠٥ ومابعدها .

فالأصل أن الدائن يستأدى الدين بأسره ، على أن هذا الحكم لايجرى على إطلاقه بل ترد عليه استثناءات معينة .

فقد يتفق على تخويل حق تجزئة الوفاء ، وقد يولى القاضى للمدين أجلا معتدلا ليتيسر له الوفاء (نظرة الميسرة) . وقد يبيح القانون هذه التجزئة ، كما هو الشأن فى الخلافة على دين الدائن من طريق الميراث ، والمقاصة بقدر الأقل من الدينين اللذين يلتقيان قصاصا ، واحتساب الخصم من مجموع الديون بنسبة مقدار كل منهما ، وحق التقسيم عند تعدد الكفلاء "[1].

٢٠٧ـ حالة المنازعة فى جزء من الدين :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " فإذا كان الدين متنازعا فى جزء منه وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء ".

فلئن كان للدائن أن يرفض الوفاء الجزئى فكذلك للمدين ، إذا أراد الدائن استيفاء بعض الدين ، أن يصر على أداء الدين بأسره حتى تبرأ ذمته براءة تامة غير أن هذا النص أورد استثناء من القاعدة المذكورة . فإذا كان الدين متنازعا فيه ، وأقر المدين بجزء منه ، وقبل الدائن أن يستوفى الجزء المعترف به لحين الفصل فى

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢١٥

النزاع بالنسبة للباقى ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء بدعوى التريث حتى يتم حسم النزاع [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ٢- وقد يتصور إعمال قاعدة عدم تجزئة الوفاء إعمالا عكسياً لمصلحة المدين ، فيكون له أن يصر على أداء الدين بأسره ، ولو قبل الدائن الاقتصار على استيفاء جزء منه ، أما إذا كان الدين متنازعاً فيه وأقر المدين بجزء منه ، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بهذا الجزء متى طالب به الدائن ، بدعوى التريث حتى يحسم النزاع فى الجزء الآخر ، ويتيسر له قضاء حق الدائن كاملا (أنظر فى هذا المعنى المادة ١١٦٩ من التقنين الأسبانى والمادة ٧٢٢ من التقنين البرتغالى ، والمادة ٧٧٧ من التقنين الأرجنتينى والمادة ٦٩ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الوفاء الجزئى للدين . عدم جواز إجبار الدائن على قبوله وليس لغيره التمسك به وبأن نفقات الوفاء على عاتق المدين . مؤداه . عدم جواز تعرض المحكمة لهذه المسألة من تلقاء ذاتها . المادتان ١/٣٤٢ ، ٣٤٨ مدنى " .

(طعن رقم ٤٧٢ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٩/٢٥)

---

(١) اسماعيل غانم ص٣٨٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢١٥ .

مـــادة (٢٤٣)

إذا كان المدين ملزما أن يوفى مع الدين مصـــروفات وفوائـــد وكان ما أداه لا يفى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى مـــن حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا مـــا لم يتفق على غيره .

الشـــرح

٢٠٨ـ حـالة الالتزام بالوفاء بالمصروفـات والفوائد :

إذا كان المدين ملزما بدين واحد للدائن تتبعه مصاريف وفوائد، وكان ما أداه لا يفى بالدين والملحقات جميعا وقبل الدائن هذا الوفاء الجزئى . فإنه فى هـــذه الحالـــة يخصـــم مـــا أدى مـــن حســـاب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين . وتقوم هذه القاعـــدة على أساس مصلحة الدائن ، فالمفروض أنه لم يقبل الوفاء الجزئى إلا وفقا لمصلحته .

وهذه القاعدة لاتتعلق بالنظام العام ولذلك نصـــت المـــادة فـــى عجزها على أن : " كل هذا ما لم يتفق على غيره ".

ومن ثم يجوز للعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا كان المدين ملزماً بأداء ديـــن واحـــد ومـــا يتبعـــه مـــن المصروفات والفوائد ، وكان له أن يجزء الوفاء ، وجب أن يخصم

ما يؤديه من حساب المصروفات ثم من حساب الفوائد ، ثـم مـن أصل الدين ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويراعى أن هذا الحكـم يطابق ما يقضى به التقنين الراهن فى هذا الشـأن (المـادة ١٧٣/ ٢٣٦) "[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تقضى المادة ٣٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا كان المـدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وفوائد وكان ما أداه لا يفـى بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من الفوائد ثم من أصل الدين ، كل هذا ما لم يتفق على غيره . وإذ كان يتضح من تقرير الخبير الحسابى الذى ندبته المحكمة أن جملة الفوائد التى أضافها الخبير إلى التعويض المستحق للمطعون عليهم تقل عن المبلغ الذى سدده لهم الطاعن ، وكان الطاعن لم يدع وجود اتفاق على كيفية خصم المبالغ المسددة منه للمطعون عليهم ، فـإن الطاعن يكون قد أدى جميع الفوائد التى استحقت للمطعون علـيهم قبل صدور الحكم وتكون المبالغ الباقية من أصل التعـويض ، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بالفوائد عليها من تاريخ صدوره فإنه لا يكون قد قضى بفوائد على متجمد الفوائد ".

(طعنان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣١٧

مــادة (٣٤٤)

إذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت لدائن واحد ومــن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفى بهذه الــديون جميعــاً ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين .

الشــرح

٢٠٩- تعدد الديون فى حالة الوفاء الجزئى :

لا تثور الحاجة إلى تعيين محل الوفاء عند تعدد الديون ، إلا إذا كانت هذه الديون المتعددة فى ذمة المدين ، لذات الدائن ، من جنس واحد كالنقود مثلا وكان ما أداه المدين لا يفى بها جميعا . ففى هذه الحالة يكون تعيين محل الوفاء للمدين فله أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين . ذلك أن للمدين إجبار الدائن على الوفاء ، ويتفرع على هذا حقــه فى تعيين الدين الذى يريد الوفاء به ، وإن كانت إرادته فــى هــذا التعيين مقيدة بالاتفاق. فإذا عين الدين الموفى به بالاتفاق مع الدائن ، لايجوز له بعد هذا أن يعين دينا غيره .... ومقيدة كــذلك بنصوص القانون ، فلا يجوز للمدين مثلا أن يعين دينا أكبــر مــن المبلغ الذى وفاه ، لأن فى هذا إجبار للدائن على قبول وفاء جزئى بحقه خلافا لنص فى القانون (٣٤١ مدنى) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا تعددت الديون واتحدت جنساً ، كان للمدين الخيار في تعيين ما يقصد إلى وفائه بها، ويكون اختياره واجب الاحترام، ما لم يحل دون ذلك اتفاق أو مانع فى قانون (كما إذا اختار الخصم من دين مضاف إلى أجل ضرب لمصلحة الدائن ، أو من دين لاتجوز فيه تجزئة الوفاء "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الأحكام المبينة بالمادة ١٧٢ من القانون المدنى بشأن استنزال الديون لا تسرى إلا فى حالة تعدد الديون التى تكون مستحقة لدائن واحد أما إذا تزاحم دائنون متعددون على مبلغ واحد قبل أن يحصل [illegible] أحدهم فعلا فالأمر فى ذلك لا شأن له بموضوع استنزال الديون وإنما يخضع لأحكام التوزيع بين الدائنين أو قسمة الغرماء تبعا لاختلاف درجاتهم أو تساوى مراتبهم ".

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٤/٢٨)

٢- " تعيين الطاعن – المدين – للدائن الذى يريد الوفاء به عملا بنص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى يقوم على واقع يتعين طرحه على محكمة الموضوع ، لما كان ذلك فإن هذا الدفاع يكون سببا جديدا لا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٦/١/٢٠)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢١٩ .

٣- " مفاد نص المادة ٣٤٤ من القانون المدنى أنه فـــى حالـــة تعدد الديون من جنس واحد فى ذمة المدين لـــدائن واحـــد ، وأراد المدين أن يوفى بأحد هذه الديون وجب عليه أن يعين وقت الســـداد للدين الذى يريد الوفاء به " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢٧)

مــادة (٣٤٥)

إذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة السابقة ، كــان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فــى الكلفــة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن .

الشــرح

٢١٠ـ عدم تعيين الدين على الوجه المبين بالمادة ٣٤٤ مدنى :

إذا تعددت الديون فى ذمة المدين لدائن واحد ، وقام المدين بوفاء جزئى دون أن يتم تعيين الدين على الوجه المبين بالمادة السابقة أو عين الدين ووقع تعيينه باطلا (م٣٤٤ مدنى) فإن خصــم المبلــغ الموفى به يكون كالآتى :

١- يكون الخصم أولا من حساب الدين المستحق الأداء إذا كان هناك دينان أحدهما حال والآخر مضاف إلى أجل مقرر لمصــلحة الدائن ، فلا يجوز للمدين عند الوفاء أن يقرر أنــه يفــى بالــدين المؤجل ، لأن القانون لا يجبر الدائن على قبول الوفاء بهذا الــدين قبل حلول أجله(١).

٢- إذا تعددت الديون الحالة ، وجب الخصم من أشدها كلفــة على المدين لأن إرادة المدين هى مرجع تعيين الدين ، فإذا غمــت

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٦٥ .

هذه الإرادة ، افترض انصرافها إلى ما فيه مصـــلحته ، فيتأســس التعيين فى هذه الحالة على تفسير معقول لإرادة الدين[١].

وتعيين الدين الأشد كلفة على المدين مسألة موضوعية يفصـــل فيها على ضوء ظروف وملابسات كل حالة . ومع ذلك يمكن القول أن الدين الذى يعرض المدين للحبس إذا لم يف به كدين النفقة يعتبر أشد كلفة عن الديون التى لايجوز حبس المدين من أجلها .

كذلك فإن الدين الذى يغل فائدة تضاف إلى أصله يعتبـــر أشـــد كلفه من الديون التى لا تنتج فوائد ، والدين الثابت فى سند تنفيـــذى كمحرر رسمى أو حكم ، يعتبر أشد كلفه من الدين غير الثابت فـــى سند تنفيذى ، والذى يحتاج الدائن لإجبار الوفاء علىه إلى استصدار حكم من القضاء به والدين الذى لا يسقط إلا بالتقادم الطويل (١٥ سنة) يعتبر أشد كلفة على المدين من الدين الذى يســقط بالتقـــادم القصير (٥ سنوات أو سنة واحدة مـــثلا) ، كـــذلك فـــإن الـــدين المضمون بكفالة أو بتأمين عينى كرهن ، يعتبر أشد كلفة من الدين غير المضمون [٢].

٣- إذا تساوت الديون فى الكلفة ، فلم يوجد من بينها مـــا هـــو أشد كلفة من غيره، ولم يعين المدين عند الوفاء الدين الذى يفى به ، كان للدائن أن يعين الدين الذى يتم الخصم من حسابه .

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢١٥ – عبد المنعم الصده ص ١١١ .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٦٦ .

والغالب أن يقوم الدائن بتحديد الدين فى المخالصة التى يعطيها للمدين .

ويكون هذا التعيين ملزما للمدين ولايجوز له الطعن فيه إلا إذا كان الدائن متعسفا فى استعمال حقه [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا لم يقم المدين أو الدائن بالتعيين تكفل القانون بذلك ، وقد أورد المشروع فى هذا الشأن قرائن معقولة على نية المدين ، وهو وحده مرجع التعيين ، فنص على أن الخصم فى هذه الحالة يكون من حساب الدين المستحق الأداء ، فإذا توافر هذا الوصف فى ديون عدة ، فمن حساب أشد هذه الديون كلفة على المدين (كما إذا كان الدين يغل فائدة ، أو كان ثابتاً فى سند تنفيذى ، أو كان لا يتقادم إلا بمدة طويلة جدا ، أو كان مضموناً ولو بكفالة) فإن لم تتفاوت فى الشدة فى فمن حسابها جميعاً بنسبة كل منها . وغنى عن البيان أن هذه القرائن تتمشى مع المعقول ، وهى بعد مقررة فى نصوص التقنين الحالى ، وقد وردت فى نصوص بعض التقنينات قرائن أخرى منها ما يجعل البداءة للدين الأقل ضماناً ، ومنها ما يجعلها للدين الأقدم نشوءا أو استحقاقا ، ولكن هذه القرائن تستهدف جميعاً للنقد من وجوه"[٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٢٢ .

مـادة (٣٤٦)

١ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً فـي ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضى في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفـذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن مـن هـذا التأجيل ضرر جسيم .

الشرح

٢١١ـ زمـان الوفـاء :

القاعدة أن الوفاء يجب فورا بمجرد ترتب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين وإلا كان للدائن أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبرى القهرى .

غير أنه يستثنى من هذه القاعدة وجود اتفاق أو نـص يقضـى بغير ذلك . كأن يتفق المتعاقدان على أن يكون للوفاء بالالتزام وقتا لاحقا لنشوئه فى ذمة المدين ، حين يكون الالتزام مضافا إلى أجـل واقف . فلا يجب الوفاء به إلا عند حلول الأجل . وقد يحـدد فـى نص خاص وقت معين للوفاء بالالتزام كالمادة ١٠٠٣ مدنى التـى قضت بأن الأجرة فى الحكر تكون مستحقة الدفع فى نهاية كل سنة ".

على أنه إذا طلب الدائن تنفيذ الالتزام فى الموعد المحدد للوفاء به بالاتفاق أو بنص القانون ، وجب إجابته إلى طلبه [١].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٦٦- محمود جمـال الـدين زكـى ص٢١٦- الأستاذ عبد المنعم حسنى الموجز فى النظرية العامة للالتـزام ١٩٩١ ص ٢٣٢ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"الأصل فى الالتزام أن يستحق أداؤه بمجرد ترتبه ، ما لم يكن مضافا إلى أجل اتفاقى أو قانونى أو قضائى، وقد يتكفل نص القانون أحيانا بتعيين ميعاد الاستحقاق (كما هو الشأن فى الأجرة)" [١].

٢١٢- نظرة الميسرة :

يجوز للقاضى فى حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم.

فالقاضى يجوز له استثناء من القاعدة السابقة التى ذكرناها فى البند السابق ، التى تقضى بأن يتم الوفاء فورا بمجرد ترتيب الالتزام نهائيا فى ذمة المدين ، أن يحدد لوفاء الالتزام موعدا متأخرا عن الموعد المتفق عليه أو عن الموعد الذى يحدده القانون ، فيصبح الوفاء بالالتزام واجبا عند حلول الأجل الذى يعينه القاضى والذى يسمى لذلك " الأجل القضائى أو نظرة الميسرة ".

فالأجل القضائى أو نظرة الميسرة هى مهلة يمنحها القاضى للمدين دون موافقة الدائن لظروف خاصة به .

ويستخلص من المادة (٣٤٦) أنه يشترط لمنح المدين نظرة الميسرة ما يأتى :

---

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٢٥ .

١- ألا يوجد نص يمنع إعطاء هذه النظرة أو المهلة .

ومثال ذلك نص المادة (١٥٨) مدنى التى تقضى بأنه : " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه ." فهذه المادة - كما رأينا فى موضعه- تنص على الشرط الصريح الفاسخ ، فيتحقق الفسخ بمجرد حلول الأجل ونظرة الميسرة تحول دون وقوع الفسخ .

(راجع شرح المادة(١٥٨) .

ومثال ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٥٤٧ من قانون التجارة الجديد من أنه : " لا يجوز للمحاكم أن تمنح مهلة للوفاء بقيمة الورقة التجارية أو للقيام بأى إجراء متعلق بها إلا في الأحوال وفي الحدود التى ينص عليها القانون ."

٢- أن تستدعى حالة المدين منحه أجلا أو آجالا للوفاء :

يجب أن تستدعى حالة المدين منحه أجلا أو آجالا للوفاء بالتزامه .

وتقدير ذلك متروك للقاضى يفصل فيه على ضوء الظروف والملابسات التى تحيط بتنفيذ المدين لالتزامه ، وأهمها حسن أو سوء نية المدين .

فالقاضى يوافق على منح المدين مهلة أو أجلا للوفاء إذا وجد أنه حسن النية حريص على الوفاء بالتزامه ، ولا يمنعه من ذلك سوى ظروف خارجة عن إرادته ، كمرض لحقه أو لحق أحد أفراد أسرته فاستنفد ما كان أعده من نقود للوفاء بالتزامه ، أما إذا وجد القاضى أن المدين سئ النية ، وأنه ممتنع عن التنفيذ تعنتا رغم تمكنه منه ، فلا يمنحه الأجل .

كذلك يقدر القاضى ما إذا كان العارض الذى منع المدين من تنفيذ التزامه فى موعده الأصلى عارضا مؤقتا أو دائما . فإذا كان هذا العارض مؤقتا ، وكانت ظروف المدين تسمح بتوقع زواله فى المستقبل ، كان لذلك أثره فى حمل القاضى على منح الأجل . أما إذا كان ما منع المدين من التنفيذ عارض دائم ، أو عارض لا ينتظر زواله خلال مدة معقولة فلا تكون هناك جدوى من منح الأجل . ويدخل ضمن حالة المدين موارده الحالية والمستقبلة ، ومدى الضرر الذى يلحقه نتيجة جبره على الوفاء فى الحال (١).

٣- ألا يلحق الدائن من تأجيل الوفاء ضرر جسيم :

إذا كان القانون يراعى مصلحة المدين ويجيز للقاضى منحه أجلا للوفاء إذا اقتضت حالته ذلك ، فإنه لا يهمل مصلحة الدائن ، فيوجب ألا يترتب على منح الأجل للمدين ضرر جسيم بالدائن .

---

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٦٧ ومابعدها- السنهورى ص ٦٩٥ .

وعلى ذلك إذا ترتب على تأجيل الوفاء الإضرار بالـدائن ضـررا جسيما فلا يجوز منح المدين أجلا (١).

ومثال الضرر الجسيم ، أن يكون الدائن قد عول على استيفاء حقه لكي يوفي بديون عليه وإلا كان معرضا للإفلاس (٢).

أو كانت نظرة الميسرة تفوت على الدائن صفقة يعـود فواتهـا عليه بضرر جسيم(٣).

أما إذا كان ما يلحق بالدائن من جراء التأجيل ضرر يسير ، فلا يمنع ذلك من منح المدين الأجل أو المهلة التي يطلبها متى اقتضت حالة المدين ذلك.

وتحديد ما إذا كان الضرر جسيما أم يسيرا مما يخضع لتقـدير القاضي .

---

(١) وحال مناقشة المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعتـرض معالي حلمي عيسى باشا على العبارة الأخيرة من الفقرة الثانيـة التـي تعطي للقاضي رخصة منح أجل للمدين للوفاء بالتزامـه إذا لـم يلحـق الدائن من هذا الأجل ضرر جسيم . فقال معاليه إن الـنص علـى قيـد الضرر الجسيم يلغي الرخصة التي أعطيت للقاضي في مـنح المـدين حسن النية سئ الحظ أجلا للسداد ويحسن ترك الأمر للقاضي يقارن بين مصلحة الدائن والمدين في مثل هذه الحالة .

وقد رد معالي السنهوري باشا على هذا الاعتراض بأن الـنص فيـه محاولة للتوفيق بين مصلحة الـدائن والمـدين (مجموعـة الأعمـال التحضيرية جـ٣ ص ٢٢٦ ومابعدها) .

(٢) تصريح سعادة العشماوي باشا أثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المـدني مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٢٧ - اسماعيل غانم ص ٣٨٩ .

(٣) السنهوري ص ٦٩٥ ومابعدها .

٤- أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين أجلا معقولا :

يجب أن يكون الأجل الذى يمنحه القاضى للمدين معقولا ، فلا يكون مسرفا فى الطول بحيث يضر بالدائن ضررا جسيما .

ويحدد القانون الفرنسى الأجل بما لا يزيد على سنة . أما فى مصر فتحديد الأجل متروك لتقدير القاضى . ولكن السنة أجل يبلغ من الطول قدرا لايظن معه أن القاضى فى مصر يمنح أجلا أطول ، إلا إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية خاصة (١).

ويجوز للقاضى بدلا من تحديد أجل واحد للوفاء بالالتزام أن يحدد عدة آجال ، أى أن يقسط الالتزام على المدين ، ويحدد للوفاء بكل قسط أجلا معينا بحيث يتم الوفاء فى آجال متعاقبة (٢).

٢١٣- منح نظرة الميسرة جوازى للقاضى :

إذا توافرت الشروط اللازمة لمنح المدين نظرة الميسرة فليس معنى ذلك أن القاضى ملزم بمنحها للمدين . وإنما يخضع الأمر لمطلق تقديره فله أن يجب المدين إليها أو برفض طلبه دون معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض، ولكن إن منح القاضى نظرة الميسرة رغم عدم توافر الشروط اللازمة لذلك ، فإن حكمه يكون مشوبا بالخطأ فى تطبيق القانون (٣).

---

(١) السنهورى ص ٦٩٦ ومابعدها .

(٢) محمد لبيب شنب ص ١٦٩ .

(٣) السنهورى ص ٦٩٧ وهامش(٢)- المستشار أنور طلبه ص ٣٤٢ ومابعدها .

ومادام الامر متروكا لتقدير القاضى ، فليس من الضرورى أن يسبب حكمه برفض منح المدين نظرة الميسرة ، بل ليس من الضرورى أن يرفض صراحة الطلب الذى يتقدم به المدين فى هذا الشأن ، فمادام لم يجبه إليه فإن ذلك يكون بمثابة رفض لهذا الطلب(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن ميعادا للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ وفق المادة ٣٣٣ من القانون المدنى القديم من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه ، ولذلك لا يقبل النعى على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن " .

(طعن رقم ١٥٥ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)

٢- " إن إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن ميعادا للوفاء بدلا من الحكم بالفسخ إعمالا للمادة ٣٣٣ من القانون المدنى القديم من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى الأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو فى ظروف كل

---

(١) السنهورى ص ٦٩٧ هامش (٢) .

دعوى بغير معقب عليه . فلا يقبل النعى على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التى اعتمد عليها فى منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن ".

(طعن رقم ١٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٥٠/٥/٢٥)

٣- " إعطاء المشترى المتأخر فى دفع الثمن أجلا للوفاء به طبقا للمادتين ٢/١٥٧، ٢/٣٤٦ من القانون المدنى هو من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ منها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٥/١٦)

٤- " المهلة التى يجوز للمحكمة أن تمنحها للمدين لتنفيذ التزامه متى استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من وراء منحها ضرر جسيم ، إنما هى وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - من الرخص التى خولها المشرع لقاضى الموضوع بالفقرة الثانية من المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدنى إن شاء أعملها وأنظر المدين إلى ميسرة وإن شاء حبسها عنه بغير حاجة منه إلى أن يسوق من الأسباب ما يبرر به ما استخلصه من ظروف الدعوى وملابساتها . ويكون النعى على الحكم بالقصور فى هذا الخصوص على غير أساس ".

(طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١١/١١)

٢١٤ـ متى يجوز منح نظرة الميسرة ؟

لايجوز منح نظرة الميسرة إلا فى مناسبتين :

الأولى : أثناء الدعوى التى يرفعها الدائن يطالب فيها بالدين .

إذ يستطيع المدين أن يطلب من القاضى حال نظـر الـدعو منحه نظرة الميسرة . بل يجوز للقاضى من تلقاء نفسـه أن يمـنـ المدين هذه النظرة ، فنظرة الميسرة مما يتعلق بالنظام العام .

الثانية : أثناء مباشرة الدائن لإجراءات التنفيذ بموجـب سـنـ رسمى .

وتكون وسيلة طلب المدين نظرة الميسـرة بالاستشـكال فـ التنفيذ.

أما إذا صدر الحكم فى الدعوى التى رفعها الدائن ولـم يطلـب المدين نظرة الميسرة ، فلا يجوز له طلبها عن طريق الاستشـكال فى التنفيذ لأنه لا مناص من تنفيذ الحكم بما قضى به .

٢١٥ـ نظرة الميسرة تتعلق بالنظام العام :

نظرة الميسرة مما يتعلق بالنظام العام . ولذلك يجـوز للمـدين طلبها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز للقاضى منحه للمدين دون طلب إذا تبين توافر شروطها .

ولايجوز للطرفين الاتفاق على ألا يكون للقاضى الحق فى منح المدين نظرة الميسرة .

٢١٦ـ الآثار التى تترتب على نظرة الميسرة :

يترتب على منح المدين نظرة الميسرة الآثار الآتية :

١- عدم جواز اتخاذ أى إجراء لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين، فلا يجوز الحجز على أموال المدين توطئة لبيعها بالمزاد العلنى وباستيفاء الدين من ثمنها . ولكن ما تم من إجراءات التنفيذ قبل منح الأجل ، يبقى قائما وصحيحا . وعلى ذلك إذا كان الدائن قد حجز على مال للمدين ثم صدر حكم بإعطاء المدين مهلة للوفاء ، فإن الحجز يظل صحيحا ، ولكن يمتنع على الدائن اتخاذ إجراءات بيع المال المحجوز ما دام الأجل الممنوح للمدين لم ينقض بعد ، فإذا انقضى هذا الأجل ، كان للدائن أن يقوم بإجراءات البيع دون حاجة إلى حجز جديد [1].

٢- يجوز للدائن اتخاذ الإجراءات التحفظية ، كقطع التقادم وقيد الرهن وتجديد قيده ونحو ذلك . وما تم من هذه الإجراءات كالإعذار يبقى حافظا لآثاره .

٣- يجوز للدائن طلب المقاصة رغم أنها ضرب من الوفاء الإجبارى ، لأن نظرة الميسرة لا تحول دون وقوعها إذ يسقط الأجل بتوافر شروط المقاصة ويلزم المدين بالوفاء .

(أنظر شرح المادة ٣٦٢) .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٦٩ .

٤- آثار نظرة الميسرة نسبية ، فهى مقصورة على المدين الذى منح الأجل دون غيره من المدينين ولو كـــانوا متضـــامنين ، إلا أن الكفيل ينتفع بهذه النظرة وإلا لجاز للدائن أن يرجع علـــى الكفيـــل ليتقاضى منه الدين ، ولرجع الكفيل على المدين بما وفاه للـــدائن ، فلا تكون هناك فائدة من نظرة الميسرة.

وفى حالة تعدد الدائنين ، ولو كانوا متضـــامنين فـــإن نظـــرة الميسرة تكون قاصرة على الدائن الذى صدر الأجل فى مواجهته ، ولكن طالما أن شروط نظرة الميسرة متوافرة ، فإن للمدين المطالبة بها عند رجوع كل دائن آخر عليه دون حاجة لإدخال الدائنين فـــى الدعوى الأولى .

٢١٧ـ سقـــوط الأجـــل :

يسقط الأجل فى نظرة الميسرة بما يسقط به الأجل الاتفـــاقى . وقد نصت المادة ٢٧٣ مدنى على حالات سقوط الأجل الاتفـــاقى ، ومن ثم تسرى حالات السقوط هذه على الأجل فى نظرة الميسرة .

وهذه الحالات هى :

١- إذا أشهر إفلاس المدين أو إعساره وفقا لنصوص القانون .

٢- إذ ا أضعف المدين بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطـــى بعقـــد لا حـــق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين ،

أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المــدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

٣- إذا لم يقدم للدائن ما وعد فى العقد بتقديمه من التأمينات .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ٢٧٣).

ويضاف إلى هذه الحالة ، حالة أخــرى هــى ســقوط الأجــل بالمقاصة القضائية ، لأن المدين الذى حصل مــن القاضـــى علـــى نظرة الميسرة إنما حصل على هذا الأجل لأنه لم يكن فـــى مكنتـــه وفاء الدين فى الحال . فنظره القاضى إلى ميسرة ، ثم جد بعد ذلك أن حل دين فى ذمة الدائن للمدين من جنس الدين الأول ، سواء نشأ هذا الدين قبل منح المدين نظرة الميسرة أو نشأ بعد ذلك [١].

(أنظر شرح المادة ٣٦٢) .

---

(١) السنهورى ص ٦٩٦ ومابعدها .

مــادة (٣٤٧)

١- إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه فـى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لـم يوجـد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الـذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو فى المكان الذى يوجـد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذا الأعمال .

الشــرح

المكان الذى يتم فيه الوفــاء :

٢١٨ـ المكان الذى يتم فيه تسليم الشئ المعين بالذات :

إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات كمنزل أو قطعة أثاث أو سيارة وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشــوء الالتزام .

والمفروض فى هذا أن الشئ معين بالذات، وعلى ذلك إذا بــاع شخص لآخر سيارة معينة بالذات وكانت السيارة موجــودة وقــت إبرام البيع فى الاسكندرية ، فيجــب تســليم هــذه الســيارة فــى الاسكندرية .

ويحق للدائن أن يمتنع عن تسليمها فى أى مكان آخر، كما يكون له أن يتسلمها فى مكان آخر ويطالب المدين بنفقات نقلها من المكان الذى تسلمها فيه إلى الاسكندرية [١].

---

(١) محمد لبيب ص ١٧٠ .

ويذهب رأى فى الفقه – له وجاهته- إلى أن المفروض فى ذلك أن الشئ محل الالتزام مستقر فى مكانه لا يمكن نقله فى يسر . فإذا كان الشئ بطبيعته سهل الانتقال من مكان إلى آخر كسيارة أو فرس، فالغالب أن يكون الطرفان قد أرادا ضمنا أن يكون مكان الوفاء ليس المكان العارض الذى يوجد فيه الشئ وقت نشوء الالتزام ، بل هو موطن المدين وهو المكان الذى يوجد فيه الشئ عادة . وهنا يكون الاتفاق الضمنى الذى قام عليه مكان موجود الشئ وقت نشوء الالتزام قد عارضه اتفاق ضمنى أكثر وضوحا فنسخه[١] .

غير أن حكم هذا النص لا يتعلق بالنظام العام ومن ثم يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه بأن يحددا مكانا للتسليم يختلف من المكان الذى كان الشئ المعين بالذات موجودا فيه وقت نشوء الالتزام .

وكذلك لا ينطبق حكم النص إذا وجد نص يقضى بغير ذلك .

٢١٩- مكان الوفاء فى غير الشئ المعين بالذات :

إذا كان محل الوفاء غير معين بالذات ، كالتزام بتسليم كمية من الحبوب أو القطن ، أو التزام بدفع مبلغ من النقود ، أو التزام بعمل أو امتناع عن عمل .

---

(١) السنهورى ص ٧٠٤ .

فمكان الوفاء يكون هو موطن المدين وقت الوفـــاء أو المكـــان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقـــا بهـــذه الأعمال ، كما لو كان المدين تاجرا وله محل يباشر فيـــه تجارتـــه وباع شيئا ، فإن الوفاء يكون فى هـــذا المحـــل باعتبـــاره موطنـــا للأعمال أى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين .

ويعبر عن تحديد مكان الوفاء بالأشياء المثلية فى موطن المدين بأن الدين " مطلوب لا محمول " ، أى أن على الـــدائن أن يـــذهب لطلب دينه من المدين وليس على المدين أن يحمل هذا الـــدين إلـــى الدائن .

والعبرة بموطن المدين أو المكان الذى يوجد به مركز أعمـــال المدين ، وقت الوفاء ، ولو لم يكن هو بذاته وقت نشوء الالتزام .

لأن القاعدة إنما تقوم لا على افتراض إرادة الطرفين فيقـــال إن هذه الإرادة قد انصرفت إلى الموطن أو مركز الأعمال وقت نشوء الالتزام ، وإنما تقوم على مصلحة المدين ، ومصلحته تقتضـــى أن يكون مكان الوفاء هو موطنه أو مركز أعماله .

وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام فيجوز الاتفاق على خلافـــه ، كما يجوز أن يقضى نص بعكسه .

ويستطيع المدين بعد نشوء الالتزام أن ينزل عن حقـــه فـــى أن يكون مكان الوفاء هو موطنـــه أو مركـــز أعمالـــه ، إذا تصـــرف

تصرفا من شأنه أن يستخلص منه هذا النزول ، فإذا كـــان الـــدين أقساطا ، وأدى المدين أكثر الأقساط فى موطن الدائن ، فالمفروض أن الأقساط الباقية يجب الوفاء بها أيضا فى مـــوطن الـــدائن ، وأن المدين اتفق ضمنيا على ذلك . ولكن مجرد دفع قسط أو قليل مـــن الأقساط فى موطن الدائن لا يستفاد منه حتما أن المدين قد نزل عن حقه فى أن يكون مكان الوفاء بسائر الأقساط هو موطنه لا مـــوطن الدائن [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

أما مكان الوفاء فلا يخلو أمره من تفصيل ، فإذا كـــان محـــل الالتزام شيئا معيناً بالذات ، تعين الوفاء به فى مكان وجـــود هـــذا الشئ وقت نشوء الالتزام ، ما لم يتفق على خلاف ذلك، صراحة أو ضمنا ، وإذا كان الالتزام مقابلا لالتزام آخر فى عقد مـــن العقـــود التبادلية ، وجب الوفاء بالالتزامين جميعاً فى مكان واحد ، أما مـــا عدا ذلك من ضروب الالتزام فيسعى الدائن إلى اســـتيفائه دون أن يسعى المدين إلى الوفاء به ، ومؤدى هذا أن يكون الوفاء فى محل المدين . وقد أنشأت بعض النصوص أحكاما خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المعينة (كالبيع والإجارة) [٢].

---

(١) السنهورى ص ٧٠٥ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـــ٣ ص ٢٢٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون دفع الدين فى محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك ، وكان الطرفان قد اتفقا علـــى أن يكون الدفع فى محل الدائن بمصر ، وكان قد تعذر على المدين أن يقوم بالوفاء بسبب قطع العلاقات بين مصر وإيطاليا ولم يكـــن كذلك من المجدى أن يقدم الدائن سند الدين إلى الحارس العام فـــى ذلك الوقت إذا لم يكن فى مقدور هذا الحارس المطالبة به لأن الدين لم يكن ثابتا بالفرع الذى يملكه المدين فى مصر . ولما كان ذلـــك ، فإنه لا يمكن نسبة أى خطأ إلى الدائن فى عدم المطالبة بالدين أثناء قطع العلاقات ، أما بعد عودة العلاقات فإن من واجب المـــدين أن يقوم بالدفع فى محل الدائن وفقا لنص العقد ، أما وهو لم يفعل فـــلا يجوز له التحدى بقيام أى خطأ فى جانب الدائن ".

(طعن رقم ٢٤١ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/١٢/٩)

مـادة (٣٤٨)

تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نـص يقضى بغير ذلك .

الشـرح

٢٢٠- تحمل المدين نفقات الوفـاء :

تكون نفقات الوفاء على المدين . ففى العقود الملزمة للجـانبين يكون كل من العاقدين ملتزما بتنفيذ التزاماته أى الوفاء بالتزاماتـه فهو مدين بها وعلى ذلك يتحمل كل منهما نفقات الوفاء بالتزامه .

فإذا كان العقد بيعا محله شيئا معينـا بنوعـه ، تحمـل البـائع مصاريف إفرازه من قياس أو وزن أو كيل أو عد ، ونفقات إرساله إلى مكان الوفاء كمصاريف الشحن .

ويكون المشترى مدينا بالثمن ، فإذا كان الوفاء يتم بموطن البائع تحمل المشترى نفقات الانتقال إليه حتى يتمكن من تنفيذ التزامه .

كذلك إذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقـود ، وتعهـد المـدين بالوفاء به فى موطن الدائن ، فإن نفقات إرسال النقود إلى مـوطن الدائن (الحوالة البريدية أو المصرفية) تقع على عاتق المدين .

وهذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام فيجوز للعاقدين الاتفاق علـى خلافه .

وإذا وجد نص على خلاف هذا الحكم تعين تطبيقه دون الحكـم العام الواردة بالمادة .

ومثال ذلك ما تقضى به المادة ٤٦٨ مدنى من أن نفقات تسجيل عقد البيع تكون على المشترى ، فهنا التسجيل لازم لانتقال ملكية العقارات ، ونقل الملكية التزام على البائع لا على المشترى ، فالمشترى هو الدائن بالالتزام بنقل الملكية ، ومع ذلك فقد حمله الشارع صراحة بنفقات التسجيل .

وذلك خشية أن يؤدى تحميل البائع بهذه النفقات إلى تراخيه فى القيام بإجراءات التسجيل[1] .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تكون نفقات الوفاء (كنفقات الإرسال أو المخالصة أو الشيك أو إذن البريد) على المدين ، ما لم يتفق على خلاف ذلك "[2].

٢٢١- نصوص خاصة بتعيين مكان الوفاء :

وردت بعض النصوص الخاصة فى التقنين المدنى بتحديد مكان الوفاء ، وإلى هذا أشارت مذكرة المشروع التمهيدى بقولها :

" وقد أنشأت بعض النصوص أحكاما خاصة بشأن الوفاء فى بعض العقود المعينة كالبيع والإجارة "[3].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ١٧١ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٣٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٢٩ .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

١- المادة (١/٤٥٦) التى تنص على أن : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ".

٢- المادة (٤٣٦) التى تنص على أنه :

" إذا وجب تصدير المبيع للمشترى ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ".

٣- المادة ٦٩٠ مدنى التى تنص على أن : " يلتزم رب العمل أن يدفع للعامل أجرته فى الزمان والمكان اللذين يحددهما العقد أو العرف مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة فى ذلك " .

مـادة (٣٤٩)

١- لمن قام بوفاء جزء من الدين أن يطلب مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، فإذا وفى الـدين كله كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه ، فإن كان السند قـد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابة بضياع السند .

٢- فإذا رفض الدائن القيام بما فرضته عليه الفقرة السابقة ، جاز للمدين أن يودع الشئ المستحق إيداعاً قضائيا .

الشـــرح

٢٢٢- حق الموفى فى الحصول على مخالصة وفـى اسـترداد سند الدين أو الإقرار بضياعه :

ذكرنا سلفا أن الوفاء تصرف قانونى ، ومن ثم يخضع فى إثباته للقواعد العامة .

وتيسيرا على الموفى سواء كان هو المدين أو الغير فى إثبـات الوفاء ، أجازت الفقرة الأولى من المادة لمن يقوم بوفاء جزء مـن الدين أن يطلب من الدائن مخالصة بما وفاه مع التأشير على سـند الدين بحصول هذا الوفاء .

أما إذا كان الوفاء كليا كان له أن يطلب رد سند الدين أو إلغاءه ، فإذا كان السند قد ضاع كان له أن يطلب من الدائن أن يقر كتابـة بضياع السند ، وغالبا ما ينطوى هذا الإقرار على مخالصة بالوفاء.

ويكون كل ذلك على نفقة المدين [(١)].

وكانت المادة (٤٨٦) من المشروع التمهيدى المقابلة للنص الحالى توجب أن يكون توقيع الدائن على الإقرار بضياع السند مصدقا عليه إلا أن هذا الشرط حذف بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لأنها قد تصرف الذهن إلى أن عدم التصديق يسقط حجية الإقرار فضلا عما ينشأ عن بقائها من حرج وإشكالات فى المعاملات [(٢)].

ولئن كانت المادة (١٥) من قانون الإثبات تقضى بألا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت إلا أنها أردفت أنه : " ومع ذلك يجوز للقاضى تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات " وفى هذه الحالة يحتج على الغير بتاريخ المخالصة ولو لم يثبت وفقا لإحدى طرق إثبات التاريخ . والعلة من هذا الاستثناء هى تسهيل المعاملات ومراعاة أن العمل لم يجر على إعطاء المخالصات تاريخا ثابتا [(٣)].

---

(١) وكانت المادة (٤٨٦) من المشروع التمهيدى المقابلة لهذه المادة تنص صراحة على ذلك ، إلا أنه فى لجنة المراجعة حذفت عبارة " ويكون كل ذلك على نفقته " من الفقرة الأولى من المادة اكتفاء بالحكم الوارد بالمادة السابقة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٣٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٣٢ ومابعدها .

(٣) محمد لبيب شنب ص ١٧٢ .

٢٢٣ـ جزاء مخالفه حكم الفقرة الأولى من المادة :

إذا رفض الدائن تسليم الموفى لجزء من الدين مخالصة بما وفاه مع التأشير على سند الدين بحصول هذا الوفاء ، أو رفض رد سند الدين أو إلغاءه فى حالة الوفاء الكلى ، أو أن يقر كتابة بضياع سند فى حالة ضياعه . فقد أجازت الفقرة الثانية من المادة أن يودع الشئ المستحق إيداعا قضائيا وحينئذ تبرأ ذمته بهذا الإيداع .

١- الوفاء بمقابل
مادة (٣٥٠)

إذا قبل الدائن فى استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الشئ المستحق قام هذا مقام الوفاء .

الشرح

٢٢٤- تعريف الوفاء بمقابل :

المقصود بالوفاء بمقابل (أو الاعتياض) ، قبول الدائن في استيفاء حقه مقابلا استعاض به عن الأداء المستحق له أصلا ، واستوفى هذا المقابل فعلا (١).

والصورة الغالبة للوفاء بمقابل أو الاعتياض هى أن يكون المدين ملتزما بدفع مبلغ من النقود ويعجز عن إعداد المبلغ المطلوب ، فيقدم بدلا منه شيئا معينا ينقل ملكيته للدائن ، أو يحول للدائن حقا شخصيا ثابتا له (للمدين) قبل شخص آخر . على أنه ليس هنا ما يمنع من أن يكون الالتزام الأصلى بنقل ملكية عين معينة فيرتضى الدائن بدلا منها مبلغا من النقود أو عينا أخرى (٢).

٢٢٥- شرطا تحقق الوفاء بمقابل :

يشترط لتحقق الوفاء بمقابل توافر الشرطين الآتيين :

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٧٢ – مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٤٢٤ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٤١٣ .

١- الاتفاق على الاستعاضة عن محل الوفاء الأصلى بنقل ملكية شئ آخر .

فيشترط أن يتفق الدائن مع المدين على أن يستعاض عن الوفاء بمحل الالتزام الأصلى الوفاء بنقل ملكية شئ آخر من المدين إلى الدائن .

وقد يكون محل الالتزام الأصلى إعطاء أو عملا أو امتناعا عن عمل . كأن يقبل الدائن سيارة معينة عوضا عن الالتزام برسم صورة أو أرضا زراعية عوضا عن التزام المدين بنقل ملكية منزل معين . أو مبلغا نقديا عوضا عن التزام المدين بعدم المنافسة خلال مدة معينة .

٢- تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن فيجب تنفيذ الاتفاق بنقل الملكية فعلا إلى الدائن ، فلا يكفى مجرد الالتزام بذلك فإذا كان مقابل الوفاء منقولا معينا بالذات كسيارة مثلا فإن نقل ملكيتها يتم بالاتفاق .

أما إذا كان مقابل الوفاء منقولا معينا بنوعه مثل كمية من الحبوب فإن الملكية تنتقل بالإفراز . وإذا كان مقابل الوفاء عقارا كمنزل أو قطعة أرض فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترط للاعتياض (الوفاء بمقابل) إدلاء الموفى بعوض بأن ينقل إلى الدائن حق الملك فيه ، وليس يكفى على وجه الإطلاق مجرد الالتزام بذلك . ويراعى أن الوفاء بالدين القديم لا يتم

بمقتضى الإدلاء بالعوض ، وإنما ينشأ التزام جديد يحل محل هـذا الدين ، وهذا الالتزام هو الذى ينقضى بالوفاء فور الوقت من طريق انتقال حق الملك فى ذلك العوض . فالاعتياض والحال هذه ليس إلا تجديداً يتبع بالوفاء بالالتزام الجديد على الفور "(١).

٢٢٦- إثبات الوفـاء بمقابل :

الوفاء بمقابل تصرف قانونى ، ومن ثم يخضع فى إثباته للقواعد العامة ، فيجب إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة جنيه (٢).

وقد صـرحت مذكرة المشروع التمهيدى بأنه : (٣)

" ويفرض فى الدائن ، إذا قبل الوفاء بغير ما هو مسـتحق لـه دون تحفظ ، أنه قد ارتضى أن يقوم ذلك مقام الوفاء من المـدين ، إلا أن يقوم دليل يسقط هذه القرينة " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن وفاء الديون بغير طريقة دفعها نقدا يجب أن يكون حاصلا باتفاق الطرفين (الدائن والمدين) المتعاقدين وأن يكون فوق ذلـك منجزا نافذا غير قابل للعدول عنه . فإذا كان الوفاء المدعى به هـو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٣٦ .

(٢) السنهورى ص ٧١٣ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٣٧ .

من طريق الوصية بمال بغير اتفاق بين الموصى والموصـــى لـــه الذى يدعى الدين ، فإن هذا التصرف الذى هو بطبيعته قابل للعدول عنه فى حياة الموصى لا يتحقق به شرط الوفاء بالدين قانونا .

وعلى ذلك فإذا دفع الوارث الموصى له دعوى بطلان الوصية بأن الوصية لم تكن تبرعا بل كانت بمقابل هو وفاء الـــديون التـــى كانت له على الموصى ، واستخلصـــت محكمـــة الموضـــوع مـــن عبارات التصرف ذاته ومن الظروف والملابسات التى حرر فيهـــا أنه كان مقصودا به التمليك المضاف إلى ما بعد المـــوت بطريـــق التبرع فقضت ببطلانه وحفظت للموصى له حقه فى مطالبة التركة بدينه المتنازع عليه إذا شاء بدعوى مستقلة فليس فى قضائها بـــذلك خطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٤ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

مــادة (٣٥١)

يسرى على الوفاء بمقابل ، فيما إذا كان ينقــل ملكيــة شــئ أعطى فى مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تعلــق منهــا بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيــوب الخفيــة. ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبالأخص ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

الشــرح

٢٢٧- طبيعة الوفاء بمقابل :

يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى أن الوفاء بمقابل عمل مركب من تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية . فالوفاء بمقابل هــو اولا تجديد للالتزام . فالالتزام السابق ينقضى ويحل محله التزام جديــد يختلف عنه فى محله . والالتزام السابق ينقضـــى بكــل ملحقاتـــه وضماناته . والوفاء بمقابل هو فى نفس الوقت وفاء بالالتزام الجديد عن طريق نقل ملكية الشئ الذى استعيض به عن الشئ المســتحق أصلا . ولا بد أن تنتقل الملكية فعلا حتى يمكن اعتبار ما تم بــين الدائن والمدين وفاء بمقابل . فإذا لم تنتقل الملكية فعلا فيكون ما تم هو فقط تجديد للالتزام السابق ، وهو سبب مســتقل مــن أســباب انقضاء الالتزام ، ولكنه سبب مختلف عن الوفاء بمقابل الذى هــو تجديد ووفاء فى نفس الوقت [1].

---

(١) السنهورى ص ٧١٧ ومابعدها - اسماعيل غانم ص ٤١٣ ومابعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ٣٤٦ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن الوفاء بالدين بغير النقد قد اختلف فى تكييفه . ففــى رأى اعتبر استبدالا للدين بإعطاء شئ فى مقابله . وفى رأى آخر اعتبر كالبيع تسرى عليه جميع أحكامه . ومحكمة النقض ترى أنــه فــى حقيقته كالبيع إذ تتوافر فيه جميع أركانه ، وهــى الرضــا والشــئ المبيع والثمن . فالشئ الذى أعطى للوفاء يقوم مقام المبيع ، والمبلغ الذى أريد الوفاء به يقوم مقام الثمن الذى يتم دفعه فى هذه الحالــة بطريقة المقاصة ، ومن ثم يجب أن يسرى على هــذا النــوع مــن الوفاء جميع أحكام القانون المقررة للبيع ".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/١٨)

آثار الوفاء بمقابل :

٢٢٨- (أ) آثار الوفاء باعتباره ناقلا للملكية :

يتضمن الوفاء بمقابل نقلا لملكية المقابل من المدين إلى الدائن ، ومن ثم فإنه تسرى عليه أحكام عقد البيع .

وقد خصت المادة من أحكام البيع التى تسرى على نقل ملكية المقابل ثلاثة أمور هى أهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية ونعرض لذلك بالتفصيل فيما يلى .

١- **أهلية المتعاقدين** : وقد ذكرنا سلفا أنه يشترط أن تتوافر فى المتصرف (المدين) لا أهلية الوفاء فحسب ، بل أيضا أهلية التصرف كما يشترط فى الدائن أهلية الالتزام .

٢- **ضمان الاستحقاق** : فإذا استحق المقابل فى يد الدائن رجع على المدين بضمان الاستحقاق عملا بالمادة ٤٤٣ مدنى ، ولايجوز له الرجوع على المدين بالدين الأصلى لأن هذا الدين قد انقضى نهائيا بالتجديد وانقضت معه تأميناته .

٣- **ضمان العيوب الخفية** :

إذا ظهر بالشئ الذى كان مقابلا للدين عيب خفى ، فإن الدائن يرجع على المدين بضمان العيوب الخفية كما يرجع المشترى على البائع طبقا للمواد (٤٤٧ - ٤٥٤).

وواضح أن هذه الأمور الثلاثة وردت بالمادة على سبيل المثال لا الحصر ، ومن ثم فإن من أحكام البيع الأخرى ما يسرى على

نقل ملكية المقابل ومثل ذلك حق امتياز البائع إذا كان هناك معدل يدفعه الدائن للمدين ، وحق الفسخ إذا لم يوف الدائن بهذا المعدل ، وحق تكملة الثمن للغبن فيما إذا كان الدائن قاصرا وكان المقابل تقل قيمته عن أربعة أخماس الدين [١].

٢٢٩- (ب) - الوفاء بمقابل باعتباره وفاء :

يترتب على الوفاء بمقابل انقضاء الدين الأصلى ، ومن ثم تسرى عليه أحكام الوفاء ، وذكرت المادة من هذه الأحكام على سبيل التمثيل تعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات .

ونعرض لذلك تفصيلا فيما يلى :

١- تعيين جهة الدفع :

فإذا تعددت الديون فى ذمة المدين ، وكانت الديون من جنس واحد لدائن واحد ، وكان ما أداه المدين لايفى بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذى يريد الوفاء به ، ما لم يوجد مانع قانونى أو اتفاقى يحول دون هذا التعيين (م٣٤٤ مدنى)، وإذا لم يعين الدين على الوجه المبين فى المادة (٣٤٤) كان الخصم من حساب الدين الذى حل ، فإذا تعددت الديون الحالة فمن حساب أشدها كلفة على المدين ، فإذا تساوت الديون فى الكلفة فمن حساب الدين الذى يعينه الدائن (م٣٤٥ مدنى) .

---

(١) السنهورى ص ٧٢١ ومابعدها – المستشار أنور طلبه ص ٣٥٦ .

٢- انقضاء التأمينات :

تزول التأمينات التى كانت للمدين الأصلى ، سواء كانت عينية كالرهون أم شخصية كالكفالة ولا تعود حتى لو استحق المقابل فى يد الدائن . وفى حالة الاستحقاق هذه يكون للدائن أن يرجع على الموفى .

ومن الآثار الأخرى التى لم ترد بالنص ما يأتى :

١- إذا نقل المدين للدائن ملكية المقابل للدين الأصلى ، وتبين أن الدين لا وجود له اتبعت أحكام الوفاء فلا يرجع المدين على الدائن بمقدار الدين ، ولكنه يسترد منه المقابل الذى دفعه بدعوى استرداد غير المستحق .

٢-يكون لدائنى المدين الطعن بالدعوى البوليصية فى الوفاء بمقابل وفقا للمادة ٢/٢٤٢ مدنى باعتبار أنه وفاء .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويرتب الاعتياض أثرين: فهو ينطوى من ناحية على نقل الملك بمقابل، وتنطبق عليه أحكام البيع من هذا الوجه، وعلى ذلك يشترط توافر أهلية التصرف فى الموفى وتسرى الأحكام المتعلقة بضمان الاستحقاق وضمان العيب فيما يتعلق بالعوض . وهو يستتبع انقضاء الالتزام من ناحية أخرى وتسرى عليه أحكام الوفاء من هذا الوجه . وعلى ذلك ينقضى الدين وما يتبعه من الملحقات (كالتأمينات مثلا) ولو استحق العوض . ولا يكون للدائن ، فى هذه الحالة ، إلا حق

الرجوع بدعوى الضمان ، ما لم يطلب الحكم بفسخ الاعتياض ذاته (قارن المادة ٩٩٨ من التقنين البرازيلى ، وهى تقضى بأن الـدين القديم يعود إلى الوجود ويزول أثر المخالصة الخاصـة بـه متـى استحق العوض). وتطبيق لقواعد المتعلقة باحتساب الخصـم فـى الوفاء عند الاعتياض عن ديون متعددة "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٣٧ .

٢ ـ التجديد والإنابة

مادة (٣٥٢)

يتجدد الالتزام :

(أولاً) بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدلا بالالتزام الأصلى التزاما جديدا يختلف عنه فى محله أو فى مصدره .

(ثانيا) بتغيير المدين إذا اتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه ، أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد .

(ثالثا) بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هذا الأجنبى هو الدائن الجديد .

الشـرح

تجديد الالتزام :

٢٣٠ـ المقصود بتجديد الالتزام :

تجديد الالتزام Novation هو عقد بمقتضاه ينقضى التزام قائم وينشأ التزام جديد يحل محل الأول ويكون مخالفا له فى المحل أو فى شخص الدائن أو شخص المدين .

ومن هذا يعتبر التجديد طريقا من طرق انقضاء الالتزام ومصدرا من مصادر إنشائه فى وقت واحد [1].

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٤٨ – عبد المنعم البدراوى ص ١٢٧ .

والواقع أن التجديد ينفرد بخصوصية بين أسباب انقضاء الالتزام إذ فيه لا ينقضى الالتزام إلا لكى يظهر ثانية بشكل آخر ، فهو ب يقضى الالتزام لكى يغير فيه فحسب .

وقد قلت أهمية التجديد من الناحية العملية بسبب وجـود نظـ أخرى تؤدى نفس الغاية التى يحققها التجديد . فالوفاء بمقابل يمكـ أن يغنى عن التجديد بتغيير المحل ، وحوالة الحق يمكن أن تغنـ عن التجديد بتغيير شخص الدائن ، وحوالة الدين يمكن أن تغنى عر التجديد بتغيير شخص المدين . ومع ذلك فلا زالت لنظرية التجديد أهمية علمية كبيرة . فلا غنى عن هذه النظرية فى تفسير الكثير مز النظم القانونية .

وقد جاء بمذكرة المشـروع التمهيدى أنه :

" يعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الالتزام ومصدراً مـن مصادر إنشائه فى آن واحد . وليس شك فى أن الحوالـة والإنابـة والحلول تحقق الغرض المقصود من هذا النظام وتفضله من وجوه . وهذا هو ما حدا بالتقنينات الجرمانية إلى إغفاله (انظر مـع ذلـك المواد ١٣٧٥ - ١٣٧٧ من التقنين النمساوى) . بيـد أن للتجديـد مزايا ما تزال باقية تتجلى قيمتها عند ما يراد استبدال محل الالتزام أو مصدره (أنظر المادة ٢٦٣ من التقنين البولونى) " .

٢٣١ـ الأهلية اللازمة للتجديد :

يجب أن يتوافر فى طرفى اتفاق التجديد الأهلية اللازمة لإبرامه . والأهلية اللازمة فى التجديد هى أهلية التصرف ، إذا أن التجديد من التصرفات التى تدور بين النفع والضرر سواء بالنسبة للمدين أو الدائن . وعلى ذلك فإن أهلية الإدارة لا تكفى للاتفاق على التجديد[١].

٢٣٢ـ أحوال التجديد :

ذكرنا سلفا أنه يشترط فى تجديد الالتزام أن يكون الالتزام الجديد مغايرا للالتزام القديم ، وأن هذه المغايرة ، إما أن تكون بتغيير الدين ، أو بتغيير الدائن ، أو بتغيير المدين .

وهذه الأحوال نص عليها صراحة فى المادة ونعرض لهذه الأنواع بالتفصيل فيما يلى :

أولاً: التغيير فى الدين :

يكون ذلك بالتغيير فى محل الالتزام أو مصدره .

فمن حيث المحل يتفق مثلا على أن يكون محل الالتزام الجديد هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو نقل ملكية منزل بعد أن كان محل الالتزام القديم هو دفع مبلغ من النقود أو إعطاء إيراد مرتب مدى الحياة .

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٣٩٠ .

ومن حيث المصدر يتفق مثلا على أن المشترى يلتـزم بـدفع الثمن باعتباره قرضا بفائدة وليس ثمنا للبيع ، فسبب الالتزام الأول هو البيع بينما السبب فى الالتزام الجديد هو القرض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان الاتفاق الذى عقد بين المشترى والبائع- بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد بـه يكـون مصدره عقد قرض - معلقا على شرط واقف هو قيـام المشـترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينيا فى المرتبة الأولى لصـالح هـذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض ، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصـبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه لن يقـع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم - وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن - على أصله دون أن ينقضى واعتبار التجديد كأن لم يكن ".

(طعنان رقما٥٣٣ ، ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق جلسة١٩٦٤/١١/١٢)

ثانياً : التغيير فى المدين :

يقع هذا بأحد طريقين :

الأول : أن يتفق الدائن مع أجنبى على أن يكون هـذا الأجنبـى مدنيا مكان المدين الأصلى ، وعلى أن تبرأ ذمة المـدين الأصـلى دون حاجة إلى رضائه .

ويطابق هذا الطريق تماما حوالة الدين بالاتفـاق بـين الـدائن والمدين الجديد .

الثانى: أن يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى قبل أن يكون هو المدين الجديد ، إذ يترتب على ذلك انقضاء الدين الأصلى وخروج الدين عن نطاق هذا الالتزام.

وتشابه هذه الطريقة حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين المدين القديم والمدين الجديد . وتختلف عنها فى أن موافقة الدائن فى حوالة الدين شرط لنفاذ الحوالة فى حقه بينما هى شرط لانعقاد التجديد وليس فقط لنفاذه(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" تجديد الالتزام بتغيير المدين يتم طبقا للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدنى بغير حاجة لرضاء المدين الأصلى. ومتى كان لا حاجة لهذا الرضاء لا فى انعقاد التجديد ولا فى نفاذه فإن علم المدين الأصلى بالتجديد لا يكون لازما لحصوله .

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣)

٢- " تجديد الالتزام بتغيير المدين وفقا للمادة ٢/٣٥٢ من القانون المدنى يتم إما باتفاق الدائن مع أجنبى على أن يكون هذا الأجنبى مدينا مكان المدين الأصلى وعلى أن تبرأ ذمة المدين الأصلى دون حاجة لرضائه أو إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبى أن يكون هو المدين الجديد ".

(طعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

---

(١) سمير عبد السيد تناغو ص ٣٤٩ .

ثالثا : التغير فى شخص الدائن :

وهو يتم باتفاق بين الدائن والمدين وأجنبى على أن يكون هـ الأجنبى هو الدائن الجديد .

فهدا التجديد يقع باتفاق ذوى الشأن جميعا وهم المدين والـدائ الجديد والدائن القديم وبه يحل الدائن الجديد فى دين جديد لا تنتقـ إليه التأمينات والخصائص والملحقات والدفوع التى كانـت للـدي القديم ، على نقيض ما يحصل فى حوالة الحـق ، ولهـذا يفضـ الأفراد حوالة الحق على تجديد الالتزام بتغير الدائن [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وللتجديد صور ثلاث : (أ) فهو إما أن يكون بتغييـر محـل الالتزام أو مصدره (ب) وإما أن يكون بتغيير الدائن ويحصل ذلـك بتراضى ذوى الشأن جميعاً وهم المدين والـدائن الجديـد والـدائن القديم (ج) وإما أن يكون بتغيير المدين وقد ينعقد فى هذه الصـور بمعزل عن المدين القديم بمقتضى اتفاق يتم بـين الـدائن والمـدين الجديد ، كما أنه قد يتم باشتراك المدين القديم (التعهد عن الغيـر فتبرأ ذمته (الإنابة الكاملة) أو يظل ملزما بالدين (الإنابة القاصـرة) على حسب الأحوال "[2].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٠٥ - عبد المنعم البدراوى ١٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٤٣

مـادة (٣٥٣)

١- لا يتم التجديد إلا إذا كان الالتزامان القديم والجديد قد خلا كل منهما من أسباب البطلان .

٢- أما إذا كان الالتزام القديم ناشئاً عن عقد قابل للإبطال فلا يكون التجديد صحيحاً إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقـد ، وأن يحل محله .

الشـــرح

٢٣٣ـ وجوب خلو الالتزام القديم من البطلان :

رأينا أنه لابد لتحقيق التجديد من وجود التزام قديم وآخر جديد ، لأن التجديد استبدال دين جديد بدين قديم ، ومن ثم يجب أن يكـون الالتزام القديم التزاما صحيحا حتى يمكن الاستبدال به ، فلا يتصور أن يرد الاستبدال على معدوم .

فإذا كان الالتزام القديم ناشئا عن عقد باطل بطلانا أصليا ، فإن الالتزام الجديد يصبح باطلا كذلك لتخلف سببه لأن الالتزام الباطـل لا يكون موجودا فلا يصح تجديده .

ولما كان الالتزام الناشئ عن عقد قابل للإبطال يعتبر صـحيحا طالما أنه لم يتقرر إبطال العقد ، إلا أن المادة نصت فـي فقرتهـا الثانية على أن التجديد لا يكون صحيحا إلا إذا قصد بالالتزام الجديد إجازة العقد وأن يحل محله .

فإذا كان العقد قابلا للإبطال لنقص فى الأهلية أو لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، فإن تجديد الدين يعد إجازة لـــه ينقلـــب بـــ الالتزام صحيحا فيصبح التحديد واردا على التزام صـــحيح فيكـــون التجديد صحيحا ، وذلك بشرط أن يكون الطرف الذى له حق إبطال العقد مصدر الالتزام القديم قد أصبح فى حال يستطيع معها إجـــاز العقد أى زال سبب الإبطال وأقدم على تحديد الالتزام وهـــو علـــى بصيرة من الأمر فيتوفر بذلك قصد الإجازة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كانت المادة ١/٣٥٣ من القانون المدنى تفترض فـــى التجديد انقضاء التزام ونشأة التزام مكانه ، فإذا كان الالتزام القـــديم باطلا امتنع أن يكون محلا للتجديد لأنه بات التزاما معدوما فى نظر القانون ".

(طعن رقم ٦٠٦ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٩)

٢- " التجديد لا يرد على العقد الباطل . وإذا كان مـــا قـــرر الحكم بشأن مثل هذا التجديد . تزيدا يستقيم الحكم بدونه . فإن النعى عليه فى هذا الصدد يكون غير منتج ولا جدوى منه .

(طعن رقم ٣٨٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/١٨)

٢٣٤ـ وجوب خلو الالتزام الجديد من البطلان :

لما كان التجديد يقضى التزاما قائما ، فهو ينشئ آخر فـــى ذات الوقت ، ومن ثم يجب أن يكون عقد التجديد صحيحا حتـــى يصـــح الالتزام الجديد .

فإن كان باطلا انتفى التجديد واعتبر كأن لم يكن فيظل الالتـــزام الأصلى على ما كان عليه قبل التجديد .

أما إن كان قابلا للإبطال ، فإن مصير التجديد يبقى مهددا. فـــإذ ما أبطله صاحب الحق فى الإبطال ، زال الالتزام الجديد ، وعـــاد الالتزام القديم بأثر رجعى ، إذ يعتبر التجديد كأن لم يكن .

أما إذا أجيز عقد التجديد ، فقد انقلب التجديد صحيحا ، وبقـــى الالتزام الجديد قائما على وجه بات يحل محل الالتزام الجديد[١] .

وإذا تضمن التجديد شرطا واقفا أو فاسخا وتحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ ، أصبح التجديد باتا ، أما إن لم يتحقـــق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، زال التجديد واعتبر كأن لم يكن وعاد الالتزام القديم إلى الحالة التى كان عليها قبل التجديد [٢].

ويرى فريق من الشراح أنه يكفى أن يوجد التزام طبيعى قـــديم حتى يرد عليه التجديد . ولكن الرأى الغالب أن التجديد لا يـــرد إلا

---

(١) السنهورى ص٧٢٩ ومابعدها .

(٢) السنهورى ص ٧٣٠ – المستشار أنور طلبه ص ٧٣٠ .

على دين مدنى صحيح . أما الالتزام الطبيعى ، فإنه يصلح فقط لأن يكون سببا لالتزام مدنى [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- يشترط لصحة التجديد ألا يكون أحد الالتزامين ، القديم أو الجديد مطلق البطلان . فإذا كان الالتزام القديم باطلا استتبع ذلك بطلان الالتزام الجديد لتخلف سببه ، وإذا كان الالتزام الجديد باطلا بقى الالتزام القديم قائما ، لامتناع أثر التجديد .

٢- اما إذا كان أحد الالتزامين قابلا للبطلان، فقد تترتب آثار التجديد ، فإن كان الالتزام القديم هو القابل للبطلان كان للتجديد أثران، أولهما إجازة الالتزام القديم ، والثانى إنشاء التزام جديد يحل محله وإن كان الالتزام الجديد هو القابل للبطلان يظل التجديد قائما حتى يقضى ببطلان هذا الالتزام (أنظر المادة ٣٢٢ من التقنين اللبنانى)" [٢] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٧٨ - عبد المنعم الصده ص ١٢٨

(٢) مجموعه الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٤٥ .

مــادة (٣٥٤)

١- التجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صــراحة ، أو أن يستخلص بوضوح من الظروف .

٢- وبوجه خاص لا يستفاد التجديد من كتابــة ســند بــدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتنــاول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

الشــــرح

٢٣٥ـ نية التجديد :

ينطوى هذا الشرط على أهمية خاصة ، وقد تشدد المشرع فــى هذا الشرط مراعاة للنتائج الخطيرة التى تترتب على التجديد .

فالتجديد لا يفترض ، بل يجــب أن يتفــق عليــه صــراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف .

ويتضح من هذا أن مجرد التغيير فى عنصــر مــن عناصــر الالتزام لا يترتب عليه مباشرة تجديد هذا الالتزام. بل لا بد أن تتجه نية المتعاقدين إلى إحداث هدا الأثر وهذا ما يسمى بنية التجديد .

ومقتضى هذا أنه عند الشك فيما انصرفت إليه إرادة العاقــدين يفسر الاتفاق على أن المقصود به إبقاء الالتزام القديم رغم ما اتفق عليه من تعديل

فإذا كان التغيير فى المحل أو السبب فقد يكـون ذلـك بقصـد التجديد وقد يكون بقصد ضم دين جديد للدين القديم أو اختيار طريقة أخرى للوفاء ، وإن كـان التغيير فى شخص الدائن أو المدين فقـد يكون ذلك بقصد التجديد وقد يكون بقصد تعيين وكيل للاسـتيفاء أو للوفاء .

ولا يكفى للقول بوجود نية التجديد أن يسلم المشترى إلى البائع كمبيالات بقيمة الثمن حتى يعتبر ذلك تجديدا للثمن بقرض ، مادامت نية التجديد لم تظهر واضحة بل تعتبر الكمبيالات فى هـذه الحالـة ضربا من التوثيق له .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان استبدال الدين يتم بإحلال التزام جديد مكان التزام قديم بنية التجديد ، وكان الطرفان قد حرصا فـى الإقـرار موضـوع الدعوى على نفى نية الاستبدال نفياً تاما فنصا على ذلك صـراحة فى صلب الاتفاق كما نصا على استبقاء وصف الدين كدين إيجـار وهو سبب الالتزام الأصلى وما أعقبه من إجراءات قضائية ومـا صحبه من تأمينات ، وكان من شأن بقاء سبب الالتزام الأصلى أن يظل وصف دين الأجرة قائما لا يؤثر فيه التعهد بالوفاء الذى اقترن به الإقرار مادام أن هذا الإقرار لم يغير من طبيعة الدين أو يتضمن

استبدال دين جديد به ولا يترتب على مجرد زوال صفتى الدورية والتجدد عن دين الأجرة أن يصبح دينا عاديا خاضعا للتقادم الطويل – كما ذهب الحكم ذلك بأن الدورية والتجدد هما – صفتان لاصقتان بدين الأجرة وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظا لوصفه ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغا ثابتا فى الذمة لا يدورولا يتجدد – لما كان ذلك فإن التقادم الخمسى هوالذى يسرى عليه من تاريخ استحقاقه المنصوص عنه فى الإقرار ويكون الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على حصول استبدال فى دين الإيجار وعلى أن هذا الدين أصبح خاضعا للتقادم الطويل قد فسخ الاتفاق موضوع النزاع وأخطأ فى تطبيق القانون ، أما قول الحكم فى تفسير الاتفاق المشار إليه بأن ما قصد بنفى نية الاستبدال فيه إنما كان الغرض منه استبقا التأمينات المتفق عليها فى عقد الإيجار الرسمى فهو خروج عن صريح لفظه لا تسوغه الحجة التى قام بها الحكم ".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/١٩)

٢- " تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م٣٥٤ مدنى) . فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين فى الوفاء بالدين

وعلى أنه إذا سدد جزءا من الدين تنازل الدائن عن الباقى تنازلا معلقا على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء فى ميعاد معين ، بحيث إذا لم يتم السداد فى الميعاد عاد للدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى بجميع الدين ، وكان هذا الاتفاق خلوا مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديدا من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلى ، فإن الاتفاق لا يكون منطويا على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انضم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين ، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد فى هذا الرجوع بترتيب معين ولا يجوز لمن لم يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجريد " .

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨)

٣- " كون التجديد لا يفترض وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٥٤ من القانون المدنى لا يقتضى أن ينص صراحة فى العقد على التجديد بل إنه يقوم أيضا - وعلى ما تقرره تلك المادة- إذا كان يستخلص بوضوح من الظروف ".

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٣)

٢٣٦ـ أمثلة واردة بالمادة لا يستفاد منها التجديد :

أوردت المادة عدة أمثلة لبعض التصرفات لا يستفاد منها أنها تنطوى على تجديد للالتزام وهى :

(أ) – كتابة سند بدين موجود قبل ذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا أعطى شيك ثمنا لمبيع مع إثبات التخالص بالثمن في عقد البيع ، فإن إعطاء هذا الشيك يعتبر وفاء بالثمن لا استبدالا له وعلى ذلك فإنه إذا حكم بفسخ البيع فلا يبقى لتحصيل قيمة الشيك محل " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢)

٢- " إذا كان الاتفاق الذى عقد بين المشترى والبائع – بشأن تجديد التزامه بالوفاء بالباقى من الثمن واستبدال التزام جديد به يكون مصدره عقد قرض – معلقا على شرط واقف هو قيام المشترى برهن قدر من أطيانه رهنا تأمينيا فى المرتبة الأولى لصالح هذا البائع ضمانا لوفائه بدين القرض ، وكان هذا الشرط قد تخلف بقيام هذا المشترى برهن هذه الأطيان ذاتها إلى أحد البنوك مما أصبح معه مؤكدا أن الأمر الذى علق الالتزام الجديد على وقوعه أن يقع فإنه يترتب على تخلف هذا الشرط الواقف زوال هذا الالتزام وبقاء الالتزام القديم وهو التزام المشترى بدفع باقى الثمن – على أصله دون أن ينقضى واعتبار التحديد كأن لم يكن ".

(طعنان رقما٥٢٣، ٥٢٤ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢)

٣- تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤ مدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير

لايتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف ".

(طعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠)

٤- " تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤من القانون المدنى لايستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته ".

(طعن رقم ١٩٣٤ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/٢/١٦)

(ب) التغيير فى الالتزام الذى لا يتناول إلا زمـــان الوفـــاء أو مكانه أو كيفيته .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لـــدين سابق ، يترتب عليه نشوء التزام جديد فى ذمة المدين ، هو الالتزام الصرفى ، ونشوء هذا الالتزام لايستتبع انقضـــاء الـــدين الأصـــلى بطريق التجديد طبقا للمادة ٣٥٤ من القانون المدنى التى تنص على أن التجديد لا يفترض بل يجـــب أن يتفـــق عليـــه صـــراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف ، وأنه بوجه خاص لا يستفاد مـــن كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام مـــن تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو مكانه أو كيفيته ، وهو ما يستتبع قيام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأصلى ، ويبقى لكل منهمـــا كيانه الذاتى ، ومن ثم يصبح للدائن فى حالة نشوء الالتزام الصرفى

الرجوع على المدين بدعوى الدين الأصلى أو بدعوى الصرف ، فإذا استوفى حقه بإحداهما ، امتنعت عليه الأخرى ، وإذا سقطت دعوى الصرف بسبب اهمال حامل الورقة التجارية أو انقضت بالتقادم الخمسى ، ظل الدين الأصلى قائما ، وكذلك الدعوى التى تحميه ، ولا يرد على ذلك بأن التقادم الصرفى يقوم على قرينة الوفاء التى لا ينقضها إلا الإقرار أو النكول عن اليمين ، وأن المطالبة بالدين الأصلى بعد انقضاء مدة التقادم الصرفى ، مما يتنافر وهذه القرينة التى أقامها القانون ، ذلك أن هذه القرينة إنما تتعلق بالدين الصرفى وحده ، فتفترض أن هذا الدين قد تم الوفاء به وزالت بانقضائه العلاقة الصرفية ، فيعود الوضع إلى ما كان عليه قبل إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لاستقلال كل من الالتزامين".

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/١/٢١)

٢- " تجديد الالتزام وفقا للمادة ٣٥٤ مدنى لا يستفاد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء أو كيفيته كما أن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة وأن يستخلص من الظروف ".

(طعن رقم ٧٢١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠)

٣- " لئن كان إنشاء الورقة التجارية أو تظهيرها لتكون أداة وفاء لدين سابق يترتب عليه نشوء التزام جديد فى ذمة المدين هو الالتزام الصرفى إلا أن هذا الالتزام لا يستتبع انقضاء الدين الأصلى بطريق التجديد طبقا لنص المادة ٣٥٤ من القانون المدنى

ذلك أن تجديد الالتزام وفقا للمادة سالفة الذكر لايستفاد من سند بدين موجود قبل ذلك ولا مما يحدث فى الالتزام من تغيير لا يتناول إلا زمان الوفاء وكيفيته لأن تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص من الظراوف إذ هو أمر موضوعى يستقل قاضى الموضوع بالفصل فيه متى كانت الأسباب التى أقام عليها حكمه من شأنها أن تؤدى إلى القول بذلك ".

(طعن رقم ٣٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٩)

(ج) ما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول إلا التأمينات أو سعر الفائدة .

غير أنه فى الحالات السابقة إذا اتفقت إرادة الطرفين على التجديد فإننا نكون بصدد عقد جديد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" حفل القضاء المصرى بتطبيقات عديدة لقاعدة عدم افتراض التجديد ، فلم يستخلص وجوده من مجرد إثبات دين تم إنشاؤه من قبل فى ورقة تجارية ، أو من مجرد تغيير سند الدين أو تأميناته ، أو أوصافه ، أو من مجرد تعديل سعر الفائدة ، أو الالتزامات التبعية . وتتضح أهمية نفى التجديد فى هذه التطبيقات جميعاً ، من الناحية العملية ، فى الإبقاء على الدين بجميع ما يلحق به من التأمينات "[1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٤٨ .

مــادة (٣٥٥)

١- لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام فى حساب جار .

٢- وإنما يتجدد الالتزام إذا قطع رصيد الحساب وتم إقراره . على أنه إذا كان الالتزام مكفولا بتأمين خــاص ، فــإن هــذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك .

الشــرح

٢٣٧- تجديد الالتزام بقطع رصيد الحساب الجارى :

الحساب الجارى عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيــدا فــى حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التى تنشأ عن العمليات التى تتم بينهما بحيث يستعيضان عن تسوية هذه الــديون تباعا بتسوية واحدة تقع على الحساب عنــد نقلــه (م٣٦١/١ مــن قانون التجارة الجديد) .

ولايعتبر مجرد قيد الدين فى حساب جار تجديدا للــدين ، فــإذا باع تاجر قطنا إلى بنك من البنوك وقيد هذا البنك الثمن فى الحساب الجارى فإلى هذه اللحظة لا يكون التجديد قد تم ، وإن أدى ذلك إلى انقضاء هذا الالتزام لأنه يفنى فى الحساب الجارى ويصبح عنصرا من عناصره[١] .

---

(١) وحال مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قــال معــالى السنهورى باشا إن هذا النص قد حسم خلافا كان يعرض فــى العمــل وكان يدور حول تجديد الالتزام فى الحساب الجــارى . فهــل يعتبــر

أما الالتزام الجديد أى التجديد فلا ينشأ إلا عندما يقطع رصيد الحساب الجارى ويتم إقراره . ففى هذه الحالة ينشأ التزام جديد وتكون عملية التجديد قد تمت .

ففى الحساب الجارى بالذات لا يتعاصر انقضاء الالتزام القديم مع نشأة الالتزام الجديد ، على خلاف الأصل فى التجديد ، بل ينقضى الالتزام القديم بمجرد قيده فى الحساب الجارى [1].

ويحول القيد دون تقادم الالتزامات المقيدة بالحساب الجارى ، أما ما يخضع للتقادم فهو الرصيد ، ويتقادم بخمس عشرة سنة من آخر قطع حتى لو كانت الالتزامات المقيدة تتقادم بمدد أقل [2].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتفرع على قاعدة عدم افتراض التجديد أن إعطاء الدائن كمبيالة أو شيكا موقعا عليه من المدين أو من آخرين وفقا للأحكام المقررة فى قانون التجارة ، لا ينطوى على التجديد ما لم يتفق

التجديد من وقت قيد الالتزام أو من يوم قطع الرصيد ؟ لقد تشعبت الآراء واختلفت أوجه النظر فى هذا الموضوع وحسمتها محكمة النقض فى حكم لها هو عبارة عن نص هذه المادة وضرب معاليه مثلا لذلك بتاجر باع قطنا إلى بنك من البنوك وهذا البنك قيد الثمن فى الحساب الجارى فإلى هده اللحظة لا يكون التجديد قد تم وإنما يتم عند قطع الرصيد (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥١) .

(١) السنهورى ص ٧٤٨ ومابعدها - سمير عبد السيد تناغو ص ٣٥١ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٣٧٤ .

صراحة على خلاف ذلك (المادة ٢٦٥ من التقنين البولونى) ولا يعتبر من قبيل التجديد أيضا مجرد تعيين المدين شخصا يقوم بالوفاء مكانه ، وكذلك الشأن فى تعيين الدائن شخصا يتولى استيفاء الدين عنه (المادة ١٢٧٧ من التقنين الفرنسى) ولا يتجدد الالتزام بمجرد رصده فى الحساب الجارى ، مادام هذا الحساب لم يقطع . فإن قطع هذا الرصيد وتم إقراره استتبع ذلك التجديد [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متبادلة متصلة بين طرفيه يصير فيها كل منهما مدينا أحيانا ودائنا أحيانا أخرى وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر أما إذا نظم الحساب على أساس أن مدفوعات أحد الطرفين لا تبدأ إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر فإن هذا الحساب لا يخضع لقاعدة عدم جواز التجزئة ".

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٥)

٢- " الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم التجزئة- على ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه يعتبر فيها كل منهم مدينا أحيانا ودائنا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥

أحيانا أخرى ، وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضا بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر . فإذا كانت محكمة الموضوع قد نفت في حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة اتجاه نية الطرفين إلى فتح حساب جار كما نفت عن الحساب القائم بينهما اتصال العمليات المدرجة فيه ببعضها وتشابكها . وهو ما يلزم توافره في الحساب الجاري وانتهت إلى اعتبار الحساب حسابا عاديا لا يخضع لقاعدة عدم التجزئة لا تكون قد أخطأت في القانون أو خالفت الثابت بالأوراق ".

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٩)

٢٣٨ـ بقاء التأمين الخاص للالتزام القديم :

إذا كان الالتزام القديم مكفولا بتأمين خاص فإن القاعدة أن هذا التأمين ينقضي بانقضاء الالتزام القديم ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد، إلا أن النص قضى بانتقال هذا التأمين إلى الالتزام الجديد ما لم يتفق على غير ذلك . ذلك أن القانون يفترض أن نية الطرفين قد انصرفت إلى استبقاء التأمين الخاص بعد تقييد الالتزام ، فإذا ما قطع الرصيد انتقل التأمين إليه فأصبح مكفولا به .

وهذا مجرد افتراض يجوز إسقاط دلالته عن طريق اتفاق الطرفين على زوال التأمين بمجرد تقييد الالتزام في الحساب وانقضائه على هذا الوجه [1].

---

(١) السنهوري ص ٧٤٩ – المستشار أنور طلبه ص ٣٧٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

وقد نص استثناء من حكم القواعد العامة ، على بقـــاء الـــرهن التأمينى الذى ينشأ لضمان الوفاء بالالتزام ، رغم تجديده بسبب قطع رصيد الحساب الجارى ، إلا أن هذا الاستثناء أقـــيم علـــى قرينـــة بسيطة يجوز إسقاط دلالتها بإثبات العكس (أنظر المادة ١١٧ مـــن تقنين الالتزامات السويسرى . والمادة ٤٩٢ من المشروع) [١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٣ ص ٢٥٠ .

مـادة (٣٥٦)

١- يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصـلى بتوابعـه وأن ينشأ مكانه التزام جديد .

٢- ولا ينتقل إلى الالتزام الجديد التأمينات التى كانـت تكفـل تنفيذ الالتزام الأصلى إلا بنص فى القـانون أو إلا إذا تبـين مـن الاتفاق أو من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك .

الشـــرح

آثار التجديد :

٢٣٩ـ انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه ونشوء التزام جديد :

يعتبر التجديد طريقا لانقضاء الالتزام . ويقترب فى هـذا مـن الوفاء . ويترتب على انقضاء الالتزام انقضاؤه بماله مـن توابـع وخصائص ودفوع وينشأ مكانه التزام جديد مستقل عنه فى كل مـا يميزه ، وهذه النتيجة الخطيرة هى التى تجعل الأفراد يحجمون عن التجديد ، وهى الفارق الهام بين التجديد والحلول وحوالة الحق .

والالتزام الجديد غير الالتزام الأصلى له مقوماته الذاتية وصفاته ودفوعه وتأميناته . فقد يكون الالتزام الأصلى تجاريا وينشأ الالتزام الجديد مدنيا . وقد يكون الالتزام الأصلى غير منتج لفوائـد وينـتج الالتزام الجديد فوائد ، وقد يكون الالتزام الأصلى غير ثابت فى سند قابل للتنفيذ ، ويثبت الالتزام الجديد فى ورقة رسمية فيكـون قـابلا للتنفيذ[١] .

---

(١) السنهورى ص ٧٥١ ومابعدها – محمود جمال الدين زكى ص ٢٢٣.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يستتبع التجديد انقضاء الالتزام الأصلى بتوابعه ، وأخصها التأمينات وإنشاء التزام جديد مستقل عن الالتزام الأصلى ، فيما يميزه من خصائص وما يتصل به من توابع ودفوع وهذا هو الفارق الجوهرى بين التجديد من ناحية وبين الحلول وحوالة الحق من ناحية أخرى "[١].

٢٤٠- انتقال التأمينات التى كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلى :

ذكرنا أنه يترتب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام القديم وإنشاء التزام جديد مكانه . ومقتضى ذلك انقضاء الالتزام القديم بالتأمينات التى كانت تكفله .

غير أن القانون قد ينص أحيانا على انتقال تلك التأمينات إلى الالتزام الجديد استثناء .

كما أجاز المشرع للمتعاقدين أن يتفقا على انتقال هذه التأمينات إلى الالتزام الجديد ، وقد رأينا فى حالة تجديد الالتزام بسبب قيده فى حساب جار أن التأمين الذى يكفل هذا الالتزام يبقى رغم تجديده بقطع الحساب (م ٣٥٥ مدنى) .

كما أجاز انتقالها إلى الالتزام الجديد إذا تبين من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى ذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٥٢ وما بعدها

مـــادة (٣٥٧)

١- إذا كانت هناك تأمينات عينية قدمها المدين لكفالة الالتزام الأصلى ، فإن الاتفاق على نقل هذه التأمينات إلى الالتزام الجديـد تراعى فيه الأحكام الآتية :

(أ) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز للـدائن والمـدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير .

(ب) إذا كان التجديد بتغيير المدين ، جـاز للـدائن والمـدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجـة إلـى رضاء المدين القديم .

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن ، جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات .

٢- ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل .

الشـــرح

٢٤١- أحكـام الاتـفـاق علـى نقـل التأمينـات العينيـة مـن الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد :

أوردت هذه المادة أحكام الاتفاق على نقل التأمينات العينية التى قدمها المدين فى الالتزام القديم إلى الالتزام الجديد أما التأمينات التى قدمها الغير فيحكمها نص المادة التالية .

والمقصود التأمينات العينية في هذا الخصوص الرهن بنوعيه : الرسمي والحيازى . أما عن حق الامتياز فإنه يظل لصيقا بالالتزام الجديد ويرتبط به لأنه يتقرر بنص في القانون لصفة في الدين جعلته في نظر القانون جديرا بالحماية[1] .

والأحكام التى أتت بها المادة كالآتى :

(أ) – إذا كان التجديد بتغيير الدين :

فإنه يجوز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد فى الحدود التى لا تلحق ضررا بالغير مثل دائن مرتهن . كما إذا كان الدين الأصلى قيمته ألف جنيه وكان مضمون برهن عقارى يساوى ألفين ، ولكنه مرهون ثانيا بألف أخرى ، فإذا تم تجديد الدين بحيث أصبح ١٥٠٠ جنيها بدلا من ١٠٠٠ جنيه ، فلا يجوز أن يترتب عليه نقل تأمينات الدين القديم إلى الدين الجديد إضرارا بالدائن الثانى الذى كان يستطيع قبل تجديد الدين أن يحصل على حقه كاملا [2].

---

(١) محمد على عمران ص ٢٥٠ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٨٤ وكان البند (أ) من المادة – كما ورد فى المشروع التمهيدى – ينص على أنه : " إذا كان التجديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين أن يتفقا على انتقال التأمينات للالتزام الجديد **ما لم يترتب على ذلك زيادة فى هذا الالتزام تلحق ضررا بالغير** " وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لاحظ سعادة الرئيس أن عبارة " ما لم يترتب على ذلك زيادة فى هذا الالتزام تلحق ضررا بالغير " توهم

(ب) – إذا كان التجديد بتغيير المدين :

جاز للدائن والمدين الجديد أن يتفقا على استبقاء التأمينات دون حاجة إلى رضاء المدين القديم ، فتبرأ بالتجديد ذمة المدين القديم من دينه ، ولكن يبقى التأمين العينى الذى كان قد قدمه ضامنا الدين الجديد ، ويعتبر المدين القديم فى ذلك كالكفيل العينى [1].

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن :

جاز للمتعاقدين ثلاثتهم أن يتفقوا على استبقاء التأمينات .

٢٤٢ـ شروط نفاذ نقل التأمينات العينية فى حق الغير :

تنص الفقرة الأخيرة من المادة (٣٥٧) على أن : ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينية نافذا فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد فى وقت واحد ، مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل " .

والمقصود بالغير هو الدائن الذى له تأمين عينى متأخر عن التأمين الذى كان يكفل الالتزام الأصلى ، وقد صار بالتجديد هو الدائن الأول أو حتى صار الوحيد ذو التأمين العينى .

بأنه عند إلحاق الضرر بالغير يجوز الاتفاق على انتقال التأمينات ويبطل الاتفاق إطلاقا مع أن الغرض هو ألا يسرى على الغير ما يلحق ضررا به .

فاقترح سعادة العشماوى باشا استبدال عبارة " فى الحدود التى لاتلحق ضررا بالغير " بعبارة " ما لم يترتب على ذلك زيادة فى الالتزام تلحق ضررا بالغير " ووافقت اللجنة على هذا الاقتراح (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥٦ ومابعدها .

(١) سليمان مرقس ص ٤٨٤ – نبيل إبراهيم سعد ص ٣٩٢ .

ويبين من هذا النص أنه يشترط لنفاذ الاتفاق على نقل التأمينات العينية فى حق الغير شرطان:

الشرط الأول : أن يتم الاتفاق مع التجديد فى وقت واحد إذ لو تأخر الاتفاق على نقل التأمينات العينية عن التجديد لانقضت هذه التأمينات مع الالتزام الذى تضمنها . وأدى بعثها من جديد لتلحق الالتزام الجديد إلى الإضرار بالغير ذى التأمين المتأخر على ذات المال ، والذى تقدمت مرتبته نتيجة انقضائها بالتجديد (١).

الشرط الثانى : أن يكون الاتفاق بورقة ثابتة التاريخ . وهذا الشرط مقصود به قفل باب الاحتيال فى وجه المتعاقدين إذا اتفقوا على نقل التأمينات بعد التجديد ، حتى لا يستطيعوا أن يضروا بالغير عن طريق تقديم تاريخ ذلك الاتفاق (٢).

ويجب مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل وذلك بالتأشير على هامش القيد الخاص بالتأمين العينى بانتقاله إلى ضمان الوفاء بالالتزام الجديد (٣).

---

(١) محمود جمال زكى ص ٢٢٤ ومابعدها - سليمان مرقس ص ٤٨٥ .

(٢) سليمان مرقس ص ٤٨٥- عبد المنعم البدراوى ص ١٣٤ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ص ٢٢٥ - وكانت الفقرة الثانية من المادة- كما وردت بالمشروع التمهيدى (م ٤٩٤ من المشروع) تشترط أن يكون الاتفاق على نقل التأمينات بورقة رسمية - إلا أن هذا الشرط حذف بلجنة المراجعة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥٦).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ٢- على أن للمتعاقدين أن يبقيا على التأمينات العينية المقدمة من المدين بمقتضى اتفاق خاص ، فتنتقل إلى الدين الجديد ، وتكون ضامنة للوفاء به ويشترط أن يتم هذا الاتفاق مع التجديد فى وقت واحد ، وأن يفرغ فى عقد رسمى . وقد قصد من ذلك إلى حماية الغير ، فليس للدائن المرتهن المتأخر أن يخشى بعث الرهن الأول من جديد ، بعد أن يتم انقضاؤه بمقتضى التجديد . ويتم الاتفاق المتقدم ذكره ، فى التجديد بتغيير المدين ، بين المدين والدائن ، على ألا يكون من شأنه أن يسئ إلى مركز الغير (فقد يضار الدائن المرتهن المتأخر إذا زيد مقدار الدين الجديد على مقدار الدين الأصلى بمقتضى التجديد) .

وقد يعقد هذا الاتفاق فى التجديد بتغيير المدين بين الدائن والمدين الجديد ، دون إشراك المدين الأصيل ، وفى هذه الحالة يصبح هذا المدين كفيلا عينياً . ويراعى أخيراً أن الاتفاق على نقل التأمينات العينية يتم فى التجديد بتغيير الدائن بين المتعاقدين الثلاثة، وهم الدائن الجديد والدائن القديم والمدين "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٥٩ .

مــادة (٣٥٨)

لا ينتقل إلى الالتزام الجديد الكفالة عينية كانت أو شخصية ولا التضامن ، إلا إذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون .

الشــرح

٢٤٣ـ مناط انتقال التأمينات التى قـدمها غـير المـدين إلى الالتزام الجديد :

المقصود بالتأمينات التى قدمها غير المدين هى الكفالة العينيـة عندما يقدم الغير تأمينا عبارة عن رهن رسمى أو رهن حيـازى أو يكون الغير كفيلا شخصيا ، أو كان الغير مدينا متضامنا مع المدين فإن هذه التأمينات لا تنتقل إلى الدين الجديد إلا برضاء هذا الغير.

ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد فـى غيـر إخلال بحقوق الغير . فلا يكفى إذن حتى يكفـل الكفيـل الالتـزام الجديد بعد أن كان يكفل الالتزام الأصلى أن يتفق على ذلك الـدائن والمدين ومعهما المدين الجديد أو الدائن الجديد بل لا بد من قبـول الغير انتقال التأمين وهو ينتقل بنفس المرتبة التى كانـت للالتـزام الأصلى وبقدر هذا الالتزام . إذ بانقضاء الالتزام الأصـلى يـزول التأمين الضامن له ويصبح التأمين الذى كان تاليا له فى المرتبة فى مرتبة متقدمة فإن عاد التأمين الذى زال إلى نفس مرتبته لأدى ذلك إلى الإضرار بالدائن الذى أصبح تأمينه متقدما ، ولذلك ، إذا عـاد

التأمين للالتزام الجديد وجب أن يكون تاليا للتأمين الذى تقدم حتى لا يضار صاحبه[١] .

من رضاء الكفيل أيضا لأنه لم يكفل إلا التزاما بعينه هو الالتزام الأصلى ، فلكى يكفل التزاما غيره ، ولو كان أقل قيمة فلا بد من رضائه بذلك .

ويلاحظ أنه إذا اتفق الدائن على التجديد مع أحد المدينين المتضامنين، فإن الالتزام القديم يبقى بالنسبة للمدينين الآخرين إلا إذا احتفظ الدائن بحقه قبلهم (م٢٨٦) أما الالتزام الجديد فهم لا يلتزمون به إلا برضائهم (راجع فى التفصيل شرح المادة ٢٨٦ مدنى).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

٣- أما التأمينات التى تقدم من الغير (كالكفالة العينية أو الشخصية أو التضامن) فلا تنتقل إلا برضاء هذا الغير كفيلا كان أو مديناً متضامناً (أنظر المادة ٤١٠ من المشروع) ويجوز أن يصدر هذا الرضاء بعد انقضاء التجديد فى غير إخلال بحقوق الغير.

---

(١) المستشار أنور طلبه ص٣٨١ .

مـادة (٣٥٩)

١- تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الـدائن بشـخص أجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان المدين .

٢- ولا تقتضى الإنابة أن تكون هناك مديونية سابقة ما بـين المدين والأجنبى .

الشـرح

٢٤٤ـ المقصود بالإنابـة :

الإنابة فى الوفاء اتفاق بين ثلاثـة أشـخاص : دائـن ومـدين وشخص أجنبى عن المدين ، وبمقتضى هذا الاتفـاق يتعهـد هـذا الأجنبى بالوفاء بالدين للدائن .

ويسمى من قبل وفاء دين على غيره منابا ، ويسـمى المـدين الأصلى منيبا ، ويسمى الدائن منابا لديه .

والغالب أن يكون السبب الذى دعا المناب إلى قبـول التحـل بدين المنيب هو أنه مدين لهذا المدين . وصورة ذلك أن يكـون (أ) مدينا لـ (ب) بمائة جنيه . ويكون (ب) مدينا لـ (ج) بمائة جنيه ، فيتفق الثلاثة على أن يقوم (أ) بالوفاء لـ (ج) بالدين الذى له قبـل (ب) حيث يترتب على هذا الوفاء براءة ذمة (ب) تجاه (ج) وبراءة ذمة (أ) تجاه (ب) .

ومن صور ذلك أن ينيب البائع المشترى فى أن يدفع ما عليـه من ثمن لدائن البائع .

ولكن مديونية المناب للمنيب ليست شـرطا لجـواز الإنابـة . فتصح الإنابة فى الوفاء ولو لم تكن هناك مديونية سابقة مـا بـين المنيب(المدين الأصلى) والمناب (الأجنبى الـذى قبـل الوفـاء بالدين) فقد يقصد المناب التبرع للمنيب بما وفـاه عنـه أو يقصـد إقراضه تلك القيمة على أن يطالبه بها بعد ذلك [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يفترض إعمال نظام الإنابة وجود أطراف ثلاثة : وهم المنيب (المدين) والمناب لديه (الدائن) والمناب (وهو غيـر يرتضـى وفاء الدين مكان المدين) [٢].

غير أنه لا يشترط أن يكون المناب لديه طرفا فى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب ، وإنما يكفى أن يقبل المناب لديه الإنابـة ، وليس لقبول المناب لديه شكل خاص أو وقت معـين ، طالمـا لـم يحصل العدول عنها من طرفيها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لم تستلزم المادة ٢/١٨٧ من القانون المدنى القـديم والمـادة ٣٥٩ من القانون المدنى الجديد أن يكون المناب لديه طرفـا فـى الاتفاق الذى يتم بين المنيب والمناب كما لم تشترطا للقبول شـكلا

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤١٠ – محمد لبيب شنب ص ٣٨٠ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٦٤ .

خاصا ولا وقتا معينا بل يكفى لقيامها بالنسبة للمناب لديه أن يقبلهـــا مادام لم يحصل العدول عنها من طرفيها . وإذن فإذا كان الطاعنان قد تمسكا بوجود إنابة ناقصة تجيز لهما مطالبة المطعـــون عليهمـــا بدينهما قبل البائعين لهما استنادا إلى نص وارد فـــى عقـــد البيـــع الصادر لهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض طلبـــات الطاعنين المبنية على نظرية الإنابة الناقصة دون أن يبين سنده فى القول بعدم موافقتهما على هذه الإنابة ، فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه".

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٩/٢/١٢)

مـادة (٣٦٠)

١- إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة على أن يستبدلوا بـالتزام سابق التزاماً جديداً ، كانت هذه الإنابة تجديـداً للالتـزام بتغييـر المدين ، ويترتب عليها أن تبرأ ذمة المنيب قبل المنـاب لديـه ، على أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المنـاب صـحيحاً وألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة .

٢- ومع ذلك لا يفترض التجديد فى الإنابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول .

الشــرح

٢٤٥- الإنابة الكاملة :

إذا اتفق المتعاقدون فى الإنابة وهم المدين والـدائن والأجنبـى على أن يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، كـان ذلـك تجديـدا للالتزام بتغيير المدين . ويترتب عليه أن تبرأ ذمـة المنيـب قبـل المناب لديه . وفى هذه الحالة تكون الإنابة كاملة . ومؤدى ذلك أن الإنابة الكاملة تؤدى إلى تجديد الدين بتغيير المدين إذا كان المنـاب ليس مدينا للمنيب . أما إن كان مدينا له فتمتاز بأنها تقضى دينـين قديمين " هما دين المنيب قبل المناب لديه، ودين المناب قبل المنيب " وتحل محلهما دينا جديدا واحدا هو دين المناب قبل المناب لديـه . ومثال ذلك بيع عقار مرهون وإنابة البائع المشترى فى دفع الـثمن كله أو بعضه إلى الدائن[1] .

---

(١) سليمان مرقس ص ٤٨٦ .

ولأن هذا النوع من الإنابة ينطوى على ذلك التجديد ، فإنه يترتب عليه ضياع ما كان للمدين من تأمينات ومزايا الأمر الذى يجعله نادر الوقوع فى الحياة العملية .

غير أنه يشترط لقيام هذه الإنابة الكاملة شرطان :

الشرط الأول : أن يكون الالتزام الجديد الذى ارتضاه المناب صحيحا فلا يكون باطلا أو ناشئا عن عقد قابل للإبطال وليس فى ذلك إلا تطبيقا لقواعد التجديد حيث يشترط أن ينشأ التزام جديد لكى ينقضى الالتزام القديم .

الشرط الثانى : ألا يكون المناب معسرا وقت الإنابة . وتعليل ذلك أنه فى حالة إعسار المناب وقت الإنابة لا يتصور أن يقبل الدائن إبراء ذمة مدينه الأصلى إلا نتيجة لجهله بحالة المناب ، فيكون التجديد قابلا للإبطال [1].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يفترض إعمال نظام الإنابة وجود أطراف ثلاثة : وهم المنيب (المدين) والمناب لديه (الدائن) والمناب (وهو غير يرتضى وفاء الدين مكان المدين) . فإذا اتفق على إبراء ذمة المنيب كان ذلك تجديداً بتغيير المدين ، وكانت الإنابة كاملة متى وقع التزام المناب صحيحاً وتوافرت فيه الملاءة وقت الإنابة (وهو واجب خلقى) .

(١) اسماعيل غانم ص ٤١١ .

ويقتضى تحديد صلة المنيب والمناب شيئاً من التفصيل : فإن كـان للمنيب فى ذمة المناب دين سابق انطوت الإنابة على تجديد بتغييـر الدائن . وإن لم يكن بينهما مثل هذا الدين ثبت للمناب حق الرجوع على المنيب ما لم تكن نيته قد انصرفت إلى التبرع له"[١].

٢٤٦- عدم افتراض التجديد فى الإنابة والإنابة الناقصة :

القاعدة أن التجديد لا يفترض فى الإنابة ، فإذا لم يكـن هنـاك اتفاق على التجديد بقى المنيب ملزما بالدين قبل المناب لديه ، فيكون للدائن مدينان عوضا عن مدين واحد ، أى يقوم التزام جديـد إلـى جانب الالتزام الأول ، وهو ما يطلق عليه الإنابة الناقصة . وهـذا النوع من الإنابة هو الفرض الغالب الأكثر وقوعا فى الحياة العملية ، لأنه لا يستتبع التجديد وإنما يضم فيه إلى جانب المدين المنيب مدين آخر هو المناب . إذ يندر أن يقبل الدائن إبراء ذمة المدين وانقضاء الالتزام الأصلى [٢].

فالإنابة هنا تؤدى وظيفة التأمين الشخصى [٣].

فإذا وفى المناب الدين انقضى دينه قبل المناب لديه ، وانقضـى أيضا دين المنيب قبل المناب لديه ، وإذا كان هناك دين على المناب قبل المنيب (مديونية سابقة) انقضى هذا الدين كذلك .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٦٤ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٣٦ – محمد لبيب شنب ص ٣٨٢ .

(٣) إسماعيل غانم ص ١١ – عبد المنعم البدراوى ص ٣٨٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما إذا بقى المنيب ملزماً بالدين قبل المناب له ، رغم الإنابة ، فيكون للدائن مدينان عوضاً عن مدين واحد ، وهذا هو الفرض الغالب ، لأن التجديد ، لا يفترض فى الإنابة . فلو فرض فى هذه الحالة أن كان للمنيب دين سابق فى ذمة المناب ، استتبعت الإنابة وجود دين ثالث يترتب للمناب لديه فى ذمة المناب ويضم إلى الدينين الأولين ، وهما دين المناب له قبل المنيب ، ودين المنيب قبل المناب . فإذا قام المناب بقضاء حق المناب له انقضت هذه الديون الثلاثة ، وإذا تخلف عن الوفاء كان للمناب له أن يرجع على المنيب والمناب (دون أن يكونا متضامنين) . فإن وفاه الأول كان لهذا أن يرجع بدينه على المناب ، وإن انتصف من الثانى انقضت الديون الثلاثة كما تقدم بيان ذلك "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"تجديد الالتزام لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م٣٥٤ مدنى) فإذا كان الدائن قد اتفق مع الغير على حلوله محل المدين فى الوفاء بالدين وعلى أنه إذا سدد جزءا من الدين تنازل الدائن عن الباقى تنازلا معلقا على شرط فاسخ هو سداد ذلك الجزء فى ميعاد معين ، بحيث إذا لم يتم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٦٧ .

السداد فى الميعاد عاد للدائن حقه فى مطالبة المدين الأصلى بجميع الدين ، وكان هذا الاتفاق خلوا مما يدل دلالة واضحة على اتفاق أطرافه على تجديد الدين بتغيير المدين تجديدا من شأنه أن يبرئ ذمة المدين الأصلى فإن الاتفاق لا يكون منطويا على تجديد الدين وإنما على إنابة قاصرة انصم بمقتضاها مدين جديد إلى المدين الأصلى ولا تبرأ بها ذمة المدين إلا إذا وفى أحدهما الدين ، وللدائن أن يرجع على أيهما بكل الدين دون أن يتقيد فى هذا الرجوع بترتيب معين ولايجوز لمن يحصل الرجوع عليه منهما أن يدفع بحق التجديد ".

(طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨)

٢- " الإنابة فى الوفاء – على ما تنص عليه المادتان ١/٣٥٩ ، ١/٣٦ من القانون المدنى – هى إحدى صورتى تجديد الالتزام بتغيير المدين ، فإذا لم تتضمن الإنابة تجديدا بتغيير المدين بل بقى المنيب مدينا للمناب لديه إلى جانب المناب وصار للمناب لديه مدينان بدلا من مدين واحد سميت الإنابة فى هذا الحال بالإنابة القاصرة ".

(طعن رقم ٢١٣٢ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

مادة (٣٦١)

يكون التزام المناب قبل المناب لديه صحيحا ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعا لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره .

الشرح

٢٤٧ـ الإنابة تنطوى على التزام مجرد عن سببه :

سواء كانت الإنابة كاملة أم ناقصة ، فإن التزام المناب بالوفاء بالدين للمناب لديه مكان المنيب يكون مجردا عن سببه أى عن العلاقة التى تربط المناب بالمنيب . فإذا كان الدين الذى فى ذمة المناب للمنيب باطلا ، أو كان قد انقضى ، أو كان يصح دفعه بدفع آخر مع المنيب ، أو كان الدافع للمناب على قبول الإنابة غير مشروع فى علاقته مع المنيب ، فليس لأى شئ من ذلك أثر فى التزام المناب تجاه المناب لديه . فيجب على المناب على أى حال أن يوفى بالدين إلى المناب لديه ، ثم إذا ثبت أن دينه تجاه المنيب لم يكن موجودا أو كان باطلا أو كان قد انقضى رجع عليه بما أوفى عنه ، إما على أساس الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب على حسب الأحوال ، شأنه فى هذا شأن من يوفى دين الغير .

وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون للمناب التمسك بالدفوع التى كانت له قبل المنيب ، فمبدأ تجريد الإنابة من الدفوع هو مبدأ مقرر لصالح المناب لديه الذى له أن ينزل عنه[١] .

وقد أراد المشرع بتجريد التزام المناب قبل المناب لديه- خلافا للقواعد العامة - أن يحقق استقرار المعاملات وسرعتها ، فلا يضطر المناب لديه إلى البحث عما قد يشوب العلاقة بين المنيب والمناب من عيوب . ولذلك كانت للإنابة ، أهميتها فى المعاملات التجارية حيث تشتد الحاجة إلى الاستقرار والسرعة [٢].

وجاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بيد أن الفكرة الجوهرية فى الإنابة هى أن تعهد المناب قبل المناب له تعهد مجرد . وأهم ما يتفرع على هذه الفكرة من الناحية العملية عدم جواز احتجاج المناب على المنيب بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المنيب أو بالدفوع التى كان للمنيب أن يتمسك بها قبل المناب له "[٣].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤١١ وما بعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٣٨٩ وما بعدها - محمد لبيب شنب ص ٣٨٢ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٤١٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٦٥ .

٣ ـ المقاصـــة

مـــادة (٣٦٢)

١- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقوداً أو مثليات متحدة فى النوع والجودة وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء ، صالحاً للمطالبة به قضاء .

٢- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن .

الشـــرح

٢٤٨ـ تعريف المقاصة :

المقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام وتقع عندما يتلاقى دينان فى ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر ، فينقضى الدينان بحكم القانون بقدر الأقل منهما .

وتقوم المقاصة بوظيفة مزدوجة: فهى من ناحية وفاء مزدوج ، ومس ناحية أخرى ضمان .

فالمقاصة هى مس جهة ، وفاء مزدوج ، فهى كما ذكرنا تقضى كليا على الدين الأول وتقضى جزئيا على الدين الأكبر ، فلا يوفى من الدينين إلا ما زاد على ما انقضى بالمقاصة. ولذلك فإن المقاصة

توفر في استعمال النقود وتحركها . وهي كثيرة الوقوع في العلاقات المصرفية والتجارية على وجه الخصوص .

ولذلك يوجد بين المصارف ما يسمى غرفة المقاصة ، تقوم بإجراء المقاصة بين حقوق وديون البنوك فيما بينهم .

ثم إن المقاصة هي من جهة أخرى ضمان ، إذ أنها تخول الدائن الحق في أن يستنزل من دينه ما يكون له من حق تجاه الطرف الآخر ، فهو بعبارة أخرى يستوفي حقه مما للطرف الآخر في ذمته من دين . وهو بهذا يستأثر بالدين الذي في ذمته دون غيره من دائني الطرف الآخر ، فيستوفي حقه متقدما ومفضلا عليهم جميعا .

وبهذا يتفادى إعسار المدين ومزاحمة سائر الدائنين . فالمقاصة تنطوي على ضمان شأنها في ذلك شأن الرهن أو الامتياز [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ويتفرع على ذلك أن المقاصة تنطوي على معنيين : أولهما معنى الوفاء فكل من الدينين يقاص وفاء بالدين الآخر ، والثاني معنى الضمان ، لأن من يتمسك بها لتلاقي ما وجب في ذمته لدائنه بما وجب له في ذمة هذا الدائن من حيث القصاص ، يضمن استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين ، وقد تغالت التقنينات

(١) عبد المنعم البدراوي ص ٣٩١ ومابعدها

الجرمانية فى إعمال فكرة الضمان هذه ، فقضت المادة ١٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى، مثلا، "بأن للدائنين عند إفلاس المدين أن يقاصوا ديونهم ، ولو لم تكن مستحقه الأداء ، فيما يجب فى ذمتهم من ديون للمفلس" وغنى عن البيان أن هذا النص يجعل للمقاصة حقيقة الامتياز ، وهو أمر غير ميسور القبول "[1].

٢٤٩ـ أنواع المقاصة :

المقاصة على أنواع ثلاثة : قانونية واتفاقية وقضائية

فالمقاصة القانونية هى التى عرفناها سلفا وتقع بحكم القانون متى توافرت شروطها وإن وجب طلب إجرائها .

والمقاصة الاتفاقية هى التى تقع باتفاق الطرفين حيث يتخلف شرط أو أكثر من شروط المقاصة القانوينة . كأن يتفق على أن يقع القصاص بين دينين أحدهما مثلى والآخر قيمى .

وهى خلاف المقاصة القانونية لا تحدث أثرها إلا من وقت الاتفاق عليها .

والمقاصة القضائية هى التى يجريها القاضى – كما سنرى تفصيلا – إذا كان الدين متنازعا فيه أو كان غير معلوم المقدار ، وهما من شروط المقاصة القانونية .

وتقع فى الغالب عندما يرفع المدعى عليه دعوى فرعية أثناء

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٧٤ .

نظر الدعوى الأصلية ويطالب المدعى بحق له قبله ، كأن يرفع دعوى على المستأجر يطالبه فيها بالأجرة ، فيدفع هذا المستأجر بأن له تعويضا مستحقا فى ذمة المؤجر ويطلب من القاضى أن يجرى المقاصة بين الأجرة والتعويض ، فإن أجيب إلى طلبه كانت المقاصة قضائية .

ولم يعن المشرع إلا بالمقاصة القانونية .

وهو ما تناوله فى المادة ٣٦٢ .

٢٥٠ـ شروط المقاصة القانونية :

يشترط فى المقاصة القانونية أن يتوافر فيها الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يوجد دينان متقابلان :

تفترض المقاصة وجود دينين متقابلين أى أن يكون كل من طرفيها دائنا ومدينا للآخر **فى نفس الوقت** فلو أن (أ) اقترض مبلغا من النقود ألف جنيه مثلا من (ب) ، ثم اشترى (ب) من (أ) شيئا بمبلغ ٥٠٠ جنيه ، فإن هذين الدينان ينقضيان فى حدود ٥٠٠ جنيه ، ولايبقى فى ذمة (ب) إلا ٥٠٠ جنيه فقط ، فأحد الدينين (وهو الأقل) ينقضى نهائيا ، والآخر (وهو الأكبر) ينقضى جزئيا .

ويترتب على اشتراط تلاقى الدينين فى " نفس الوقت " أنه إذا حول الدائن حقه إلى آخر ، وبعد أن أصبحت الحوالة نافذة قبل المدين أصبح المحيل مدينا للمدين ، فلن تقع المقاصة .

وكذلك الحال إذا أصبح المدين دائنا لدائنه بعد أن أقـر الـدائن حوالة الدين إلى شخص آخر [١].

ويستوى أن يكون الدينـان المتقابلان ناشئين عـن مصـدر واحد (كعقد واحد) أو من مصدرين مختلفين .

ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصـين ذاتهمـا وبـنفس الصفة . فلا يجوز مثلا أن يتقاص دين للوصى على الغير مع دين للغير على القاصر ، ولا دين على الشركة لأجنبى مع حق للشريك فى ذمة هذا الأجنبى .

ولايجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بين الدائن ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا المدين (م٢٨٧ مدنى) .

وتقع المقاصة ولو لم يكن المدين أهلا للوفاء أو الـدائن أهـلا للاستيفاء ، لأن المقاصة نوع من الوفاء الجبرى ، وهـى واقعـة مادية لا تصرف قانونى[٢] .

الشرط الثانى :

أن يكون محل كل من الدينين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة :

يشترط فى المقاصة لكى يتوافر فيها معنى الوفاء ، أن تقع بين دينين متماثلين حتى يحصل كل من الطرفين على ذات حقه ، وبأن

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤١٦ - محمد على عمران ص ٢٥٣

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٤

يكون كل من اندينين نقودا أو مثليات متحدة فى النـوع والجـودة ، فالمقاصة لا تقع إلا بين النقود وفيما بين المثليات المتحدة فى النوع أو الجودة ، فإذا كان للدائن فى ذمة المدين مائة أردب قمح هنـدى من درجة متوسطة . ثم أصبح مدينا لمدينه بنفس هذا الصنف برئـت ذمتيهما بالمقاصة . وكذلك بالنسبة للأدوات الكهربائية ذات الماركة الواحدة المتماثلة والأقلام والكتب .

فلا تجوز المقاصة بين التزام بعمل والتزام بعمل وإن تمـاثلا ، ولا بين التزام بامتناع وآخر ، ولا بين التزام بنقل ملكيـة والتـزام بعمل (١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يشترط لوقوع المقاصة : (أ) أن يكون الدينان واردين علـى مثليات متحدة فى الجنس والجودة ، ولو اختلف مصدر كل منهمـا (ب) وأن يكونا مستحقى الأداء ، دون أن يرجأ هذا الاستحقاق مـن جراء نظرة ميسرة أو مهلة يتبـرع بهـا الـدائن (ج) وأن يكونـا صالحين للمطالبة بهما قضاء فلا يجوز أن يقاص التزام طبيعى فى التزام مدنى " (٢).

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٤ - محمـد علـى عمـران ص ٢٥٣- المستشار أنور طلبه ص ٣٩١ ومابعدها

(٢) مجموعة الأعمال التحضيريه جـ٣ ص ٢٧٣

الشرط الثالث :

صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضـــاء :

المقاصة وفاء جبرى ، ولذلك وجب أن يكون كل مـــن الـــدينين جائزا اقتضاؤه جبرا على المدين بالقضاء .

وعلى ذلك يجب أن يكون الدين مدنيا لا دينا طبيعيا ، فلا تقـــع المقاصة بقوة القانون إذا كان أحد الدينين طبيعيا إذ لا يصلح الـــدين الطبيعى للمطالبة به أمام القضاء لأنه لا جبر فى تنفيذه [(١)].

وكذلك فإن الدين الذى مضت عليه مـــدة التقـــادم لا يمكـــن أن يتقاص بعد ذلك مع دين مقابل يحل أجل استحقاقه بعد تقادم الالتزام الأول ، لأن الأول يمكن أن يسقط إذا تمسك المدين بالتقادم[(٢)].

الشرط الرابع :

أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع معين المقدار :

يشترط أن يكون كل من الدينين خاليا من النزاع ، بأن يكـــون كل منها محقق الوجود لا شك فى ثبوته ، ومحددا فى مقداره . فإذا كان ثمة شك فى وجود الدين امتنعت المقاصة ، كالدين الناشئ من الفعل الضار يتوقف على ثبوت مسئولية الفاعل .

ولا يتوافر النزاع فى الدين إلا إذا كان النزاع جديا .

وتقدير وجه الجد فى المنازعة فى الدين من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة الـــنقض متـــى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٨٧ – اسماعيل غانم ص ٤١٧ ومابعدها .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٥ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

مفاد نص المادة ٣٦٢ من القانون المدنى أن وقوع المقاصة القانونية يستلزم اجتماع شرطين فى الدين هما أن يكون خاليا من النزاع الجدى محققا لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار، وكان تقدير وجه الجد فى المنازعة من الأمور التى تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(طعن رقم ١٢٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٩)

ولا تقع المقاصة إذا كان الدين غير معين المقدار ، كما لو كان تقديره يتوقف على تصفية حساب معقد أو على حكم القضاء ، كالدين الناشئ من الفعل الضار حتى لو ثبتت مسئولية الفاعل مادام أن مبلغ التعويض لم يقدر قضاء أو اتفاقا ، وكدين الوصى على القاصر أو العكس، ولا يثبت إلا بعد تصفية الحساب [1].

الشرط الخامس :

أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء :

يشترط أن يكون كل من الدينين مستحق الأداء . فإذا كان أحد الدينين معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل واقف فهو دين غير مستحق الأداء فلا تقع المقاصة .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٥ .

وقد نص الشارع صراحة على ألا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن (م٣٦٢/٢ مدنى) . وعلى ذلك إذا منح القاضى لأحد المدنيين مهلة للوفاء بدينه (نظرة ميسرة) ، أو رافق دائن على إعطاء مدينه مهلة لهذا الوفاء تبرعا منه ، ثم أصبح الدائن مدينا لمدينه بدين مستحق الأداء فى الحال ، فإن المقاصة تقع بقوة القانون بين هذا الدين ، والدين الذى منح المدين فيه مهلة للوفاء ولو كانت هذه المهلة لم تنقض بعد . فالغرض من المهلة عدم اجبار المدين على الوفاء الفعلى مراعاة لظروفه ، أما وقوع المقاصة فهو لا يمس ظروف المدين لأنه لايلزمه بالوفاء بشئ [1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمدين طبقا للمادة ٣٦٢ من القانون المدنى حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن إذا كان كل من الدينين خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء . فإذا كان الطاعن مدينا للمطعون ضدها بالثمن الذى قدره حكم الشفعة ودائنا لها فى ذات الوقت بمقابل أتعاب المحاماه المحكوم به ابتدائيا واستئنافيا فى دعوى الشفعة وكذا بمصروفات تلك الدعوى التى حصل على أمر نهائى بتقديرها قبل رفع الدعوى فإن

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٨٦ - نبيل ابراهيم سعد ص ٤٠٥

المقاصة تكون قد وقعت بين هذين الدينين لتوافر شرائطها القانونية بقدر الأقل منهما ".

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٢- " إذ كانت المقاصة القانونية - على ما تقضى بـه المـادة ٣٦٢ من القانون المدنى - تستلزم فى الدين أن يكون خاليـا مـن النزاع بأن يكون محققا لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين وأن يكـون معلوم المقدار فإنه لابد من اجتماع هذين الشـرطين لأن المقاصـة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى ولا يجبر المدين علـى دفـع ديـن متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار ".

(طعن رقم ٣١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٧)

٣- " إذ كانت المقاصة القانونية ، وعلى ما تقضى به المـادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع مستحق الأداء أى محققا لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين ومعلـوم المقدار ، وكان لابّد من اجتماع الشرطين ، لأن المقاصة تتضـمن معنى الوفاء الإجبارى ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار وكان البين من الحكـم المطعـون فيـه أن مورث المطعون ضدهم - البائع - نـازع مـورث الطـاعنين - المشترى - فى قيمة المدفوع له من الثمن - بمقتضى العقد الـذى قضى بفسخه - وأنكر عليه استحقاقه لفوائد ما دفعه كما نازعه فى قيمة ما أجراه من إصلاحات وما أقامه من المبانى ومـا أداه مـن

أموال أميرية بما استوجب ندب خبير لتقدير ذلك . فإن مؤدى ذلك تخلف الشرطين الواجب توافرهما لإجراء المقاصة القانونية " .

(طعن رقم ٤٢٩ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)

٤- " إذ كان البين من الأوراق أن هناك خلافا بين طرفي التداعى حول أجرة الجراج وأن الخبير المنتدب لم يعرض لها ولم يحدد قدرها تاركا الأمر للجنة تقدير القيمة الإيجارية المختصة ، وكان الحكم الصادر بالتخفيض قد اكتفى بتحديد الأجرة القانونية لشقة النزاع دون الجراج وكانت هذه الأجرة ليست معلومة المقدار ولا خالية من النزاع ، فلا على الحكم إن هو ذهب فى خصوصها إلى أنه إزاء مقاصة قضائية لا يجوز إبداؤها إلا بدعوى أصلية أو بطلب عارض ولا تقبل إثارتها لأول مرة فى مرحلة الاستئناف ".

(طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)

٢٥١- استثناء من شرط خلو الدين من النزاع :
المقاصة القانونية بين أجر العامل ومستحقات صاحب العمل :

تنص المادة (٧٣) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ المقابلة للمادة (٦٨) من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ (الملغى) على أنه : " إذا تسبب العامل بخطئه وبمناسبة عمله فى فقد أو إتلاف مهمات أو آلات أو خامات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت فى عهدته التزم بأداء قيمة ما فقد أو أتلف .

ولصاحب العمل بعد إجراء التحقيق وإخطار العامـل أن يبـدأ باقتطاع المبلغ المذكور من أجره على ألا يزيد مـا يقتطـع لهـذا الغرض على أجر خمسة أيام فى الشهر الواحد .

ويجور للعامل أن يتظلم من تقدير صاحب العمل أمـام اللجنـة المشار إليها فى المادة (٧١) مـن هـذا القـانون ووفقـا للحـدود والإجراءات الواردة بها .

فإذا لم يقض لصاحب العمل بالمبلغ الذى قـرره للإتـلاف أو قضى له بأقل منه وجب عليه رد ما اقتطع دون وجه حـق خـلال سبعة أيام من تاريخ صدور قرار اللجنة .

ولايجوز لصاحب العمل أن يستوفى مستحقاته بطريق الاقتطاع وفقا لحكم هذه المادة إذا بلغ مجموعها أجر شهرين ".

وواضح أن المقاصة أجيزت لصاحب العمـل فـى الحـالات الواردة بالمادة استثناء من شروط المقاصة القانونية التى تشترط أن يكون الدينان خاليينْ من النزاع ، ذلك أن دين صاحب العمل غيـر خال من النزاع بدليل أن المادة أجازت للعامل التظلم مـن تقـدير صاحب العمل ولذلك لا يجوز التوسع فى تفسير المادة ويجب قصر المقاصة على الحالات الواردة بالمادة على سبيل الحصر .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لئن كان الشارع قد نص فى المادتين ٥١ ، ٥٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ على حالتين تقع فيهما المقاصة القانونية

بين أجر العامل وبين دين رب العمل الناشئ عن قرض أو تعويض الإتلاف ، وجعل لكل منهما حكما خاصا إلا أنه فيما عدا هاتين الحالتين تظل تلك المقاصة ووفقا للقاعدة العامة المقررة بالمادة ٣٦٤ من القانون المدنى جائزة بين ديون رب العمل الأخرى وبين أجر العامل بالقدر القابل للحجز من هذا الأجر .

لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن ما تقتطعه الشركة المطعون ضدها من مرتب الطاعن استيفاء لدينها المترتب على إلغاء التسوية لايجاوز الربع الجائز الحجز عليه قانونا طبقا للمادة ٥٢ من قانون العمل المشار إليه . فإن النعى على الحكم بهذا الوجه يكون فى غير محله " .

(طعن رقم ٦٤٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٦ – أيضا طعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥)

٢- " النص فى المادة ٦٨ من القانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ بإصدار قانون العمل – المقابلة للمادة ٥٤ من قانون العمل السابق رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ – يدل على أن المشرع وعلى خلاف القاعدة العامة فى المقاصة القانونية التى تستلزم لوقوعها أن يكون الدينان خاليين من النزاع أجاز لصاحب العمل اقتطاع مبلغ التعويض من أجر العامل ، أى إيقاع المقاصة بين ما هو مستحق له من تعويض وبين أجر العامل فى حدود أجر خمسة أيام فى الشهر ولو كان

استحقاقه للتعويض أو مقداره محل نزاع يؤكد ذلك ما جاء في هذه المادة بشأن الطريق الذى يتعين على العامل اتباعه للتظلم من تقدير صاحب العمل ، وإذ كان حق الأخير فى إجراء المقاصة القانونية استثناء من القواعد العامة التى تستلزم أن يكون الدينان خاليين من النزاع ومن ثم فلا يجوز التوسع فيه وقصره على الحالات المنصوص عليها فى المادة ٦٨ سالفة الذكر بأن يكون التعويض الحاصل الاقتطاع من أجله ناشئا عما تسبب العامل فى فقده أو إتلافه أو تدميره من مهمات وآلات أو منتجات يمتلكها رب العمل أو كانت فى عهدته وأن يكون الاقتطاع من أجر العامل ، فإذا كان التعويض المستحق لصاحب العمل راجعا إلى أية أضرار أخرى لحقت برب العمل عن غير هذه الحالات الواردة فى النص ، فلا يجوز لصاحب العمل إجراء المقاصة للحصول على التعويض من أية مبالغ أخرى تكون مستحقة عليه للعامل بل عليه أن يرجع إلى القضاء لاقتضاء التعويض ما لم يكن قد اتفق عليه رضاء ".

(طعن رقم ٣٦ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٢/١٠)

مـــادة (٣٦٣)

يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة ولو اختلف مكان الوفاء فى الدينين ولكن يجب عليه فى هذه الحالة أن يعوض الـدائن عمـا لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء ماله مـن حق أو الوفاء بما عليه من دين فى المكان الذى عين لذلك .

الشـــرح

٢٥٢ـ جـواز وقوع المقاصة ولـو اختلـف مكـان الوفـاء فـى الدينين :

لايحول دون وقوع المقاصة أن يختلف مكان الوفاء فى الدينين ، فليس ضروريا أن يكون الدينان واجبى الوفاء فى مكـان واحـد . على أنه إذا كان من شأن المقاصة هنا أن تلحق ضررا بمن يتمسك بها ضده ، بسبب عدم استيفائه حقه فى المكـان المعـين لـذلك أو بسبب عدم إمكان الوفاء بما عليه فى المكان المحدد له ، حـق لـه التعويض عن هذا الضرر على الطرف الآخر .

فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء فى القاهرة ، وأن الدين الآخر واجب الوفاء فى باريس ، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء فى باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه فى هذه المدينة بسبب المقاصة كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " (ب) ويراعـى من ناحية أخرى أنه أجازها كذلك ولو اختلف مكـان الوفـاء فـى الدينين ، بيد أنه يتعين على من يتمسك بالمقاصة فى هذه الحالة أن

يعوض الدائن عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه من جراء هذه المقاصة ، من استيفاء ماله من حق ، أو الوفاء بما له من دين في المكان الذى حدد لذلك . فلو فرض أن أحد الدينين واجب الوفاء في القاهرة وأن الدين الآخر واجب الوفاء في باريس ، وأن الدائن الذى اشترط الوفاء في باريس قد تحمل خسارة من جراء عدم استيفائه لحقه في هذه المدينة ، بسبب المقاصة ، كان لهذا الدائن أن يرجع بنفقات نقل المبلغ إذا كان قد ألجئ إلى ذلك (أنظر المادة ١٢٩٦ من التقنين الفرنسى) "[١] .

٢٥٣ـ وقوع المقاصة فى الحساب الجارى عند قفل الحساب : وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المقرر أن الحساب الجارى ينتهى بانتهاء العمليات المتبادلة بين العميل والبنك وعدم الاستمرار فيها وفقا لما تستخلصه محكمة الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها وبانتهائها يقفل الحساب ، تم تصفيته ويترتب على قفل الحساب وقوع المقاصة العامة فورا وتلقائيا بين مفرداته الموجودة في جانبيه ويستخلص من هذه المقاصة رصيد وحيد هو الذى يحل محل جميع حقوق كل من الطرفين في مواجهة الآخر " .

(طعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١/٩)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٧٥ .

مادة (٣٦٤)

تقع المقاصة فى الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده .

(ب) إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معاراً عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

(ج) إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز .

الشــرح

٢٥٤ـ ديون لا تقع فيها المقاصة :

القاعدة أن المقاصة تقع فى الديون أيا كان مصدرها إذا توافرت فيها شروط المقاصة .

غير أن المادة استثنت بعض الحالات من جواز المقاصة ، رغم توافر شروط المقاصة فيها وهذه الحالات هى :

(أ) إذا كان أحد الدينين شيئا نزع دون حق من يد مالكه وكان مطلوبا رده :

فلا يستطيع من نزع شيئا من تحت يد مالكه بدون حق أن يمتنع عن رده إليه بدعوى أن التزامه برده قد انقضى بتقاصه مع دين مماثل له فى ذمة المالك . وقد قرر المشرع هذا الاستثناء حتى

يحول بين الدائن وبين انتزاع حقه بيده من مدينه ، فالواجب أن يلجأ إلى القضاء . وقد يكون انتزاع الشئ نتيجة جريمة كسرقة أو نصب أو خيانة أمانة ، وقد يكون انتزاع الشئ عنوة بالقوة .

والغصب غير مشروع ولا يمكن أن يستفيد منه من أقدم عليه[1].

(ب) إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

ذلك أن من يؤتمن على وديعة يجب عليه ردها ، وليس له إذا ما نشأ له حق قبل المودع – وتوافرت الشروط اللازمة لإيقاع المقاصة القانونية – أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهته .

وما ينطبق على الوديعة ينطبق أيضا إذا ما كان أحد الدينين شيئا معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده .

(ج) إذا كان أحد الدينين حقا غير قابل للحجز :

ذلك أن المقاصة وفاء إجبارى ، والحق غير القابل للحجز لا يمكن إجبار صاحبة على وفاء دينه لعدم قابليته للحجز .

فإذا كان أحد الدينين لا يقبل الحجز كدين النفقة مثلا ، فلا تقع المقاصة بينه وبين دين آخر ، وإلا لأمكن الهروب من القيد المقرر فى هذا الشأن [2].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٣٩٨ ومابعدها – محمد على عمران ص ٢٥٦ .

(٢) عبد المنعم الصده ص ١٤١ – محمد على عمران ص ٢٥٧ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد تمتنع المقاصة لأسباب مختلفة ، رغم اجتماع شروطها : فلا يجوز أن يلتقى الدينان قصاصا إذا كان أحدهما قد وجب فى الذمة بسبب انتزاعه دون حق ، وليس هذا إلا تطبيقاً لقاعدة حظر انتصاف الشخص لنفسه ، فليس للدائن مثلا أن يتمسك بالمقاصة بين التــزام له قبل المدين ، وبين التزام يوجب عليه أن يرد لهذا المــدين مــا غصبه منه . ولا يجوز للدائن كذلك أن يتمسك بالمقاصة بــين مــا ترتب له فى ذمة مدينه ، وبين ما يكون فى يده من مال المدين على سبيل الوديعة أو عارية الاستعمال ، مما يكون ملزماً برده بمقتضى التعاقد احتراماً لما ينبغى أن يسود التعامــل مــن تبــادل الثقــة . ولايجوز أيضاً أن يقاص دين غير قابل للحجز فى دين آخر ، وإلا تيسر الإفلات من القيد المقرر فى هذا الشأن ، ويجــوز أخيــراً أن تمتنع المقاصة بالتنازل عنها مقدماً ، لأنها ليست من النظام العام "[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٧٤ .

مــادة (٣٦٥)

١- لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصــلحة فيهـــا ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢- ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكــون تعيــين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء .

٢٥٥- وجوب التمسك بالمقاصة :

المقاصة ليست من النظام العام ، ولذلك يجب أن يتمسك بها من له مصلحة فيها. فليس للقاضى أن يحكم بها من تلقاء نفسه . والذى له مصلحة فى وقوع المقاصة هو أولاً المدين فى كل من الــدينين المتقابلين . ثم الكفيل إذا طالبه الدائن بالوفاء بدين المــدين ، فلــه التمسك بالمقاصة بين ما هو مستحق على المدين وبين ما يســتحق للمدين على هذا الدائن .

وكذلك الحال بالنسبة لحائز العقار المرهون ضمانا لدين .

كما يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى تقع بــين الدائن ومدين متضامن آخر وذلك بقدر حصة هذا المــدين فحســب (م٢٨٧ مدنى) [(١)].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٠ – اسماعيل غانم ص ٤٢٠ ومابعدها .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لم يختر المشروع مذهب التقنين الألمانى (المادة ٣٨٨) فى وقوع المقاصة بمقتضى إعلان يصدر من جانب واحد ، بل التزم على نقيض ذلك التصوير اللاتينى فى ترتيب أثرها بحكم القانون وكل ما هنالك أنه نص على وجوب طلبها ، تأكيدا لنفى ارتباطها بالنظام العام ، أو تخويل القضاء سلطة الحكم بها من تلقاء نفسه . ويراعى أن هذا الطلب لا يختلف عن الإعلان الذى يتطلبه التقنين الألمانى من حيث الشكل فحسب ، بل وكذلك من حيث الآثار فلو فرض أن طلب المقاصة أفرغ فى صورة إعلان صدر فى غير مجلس القضاء ، فلا يكون من أثر ذلك محو الفوارق الجوهرية بين المذهب الجرمانى والمذهب اللاتينى فى هذا الصدد . فإذا وفى أحد الطرفين ، عند تلاقى الدينين ، فالظاهر وفقا للمذهب الجرمانى أن الإعلان بالمقاصة يصبح ممتنعا ويكون الوفاء صحيحا . فى حين أن الوفاء فى هذه الحالة يعتبر وفقا للمذهب اللاتينى وفاء بدين تم انقضاؤه، ويكون للموفى حق المطالبة برد ما أداه ، (تعليقات على التقنين الألمانى ج١ ص ٥٤٢) "[1].

٢٥٦- كيفية التمسك بالمقاصة :

الغالب أن يحصل التمسك بالمقاصة فى صورة دفع ، عندما يطالب الدائن مدينه بالوفاء بحقه عليه ، فيدفع هذا دعواه بالمقاصة بحقه الذى له فى مواجهته .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٢ .

ويصح التمسك بالمقاصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، وبعد التمسك بدفاع آخر فى الموضوع .

فيجوز التمسك بالمقاصة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية إنما لايجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض .

كما يجوز أن يكون التمسك بالمقاصة عن طريق دعوى مبتداه يرفعها صاحب المصلحة طالبا فيها تقرير المقاصة بين دينه والحق الذى له .

ويصح التمسك بالمقاصة بعد الحكم وعند الشروع فى التنفيذ ما لم يتضح أن سكوت صاحب المصلحة مبناه النزول عن المقاصة[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الدفع بالمقاصة بين دينين هو من الدفوع التى لا يسوغ إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٨٦ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤)

٢- " المقاصة طبقا لنص المادة ١٩٢ من القانون القديم هى نوع من وفاء الدين تحصل بقدر الأقل من الدينين كنص المادة ١٩٣ من ذلك القانون . وهذا الوفاء الذى يحصل بالمقاصة يستلزم قانونا تحديد الدين الذى تجرى به المقاصة فى التاريخ المعتبر مبدأ

---

(١) نبيل إبراهيم سعد ص ٤٠٦ ومابعدها - عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٠.

لتنفيذها مضافا إليه فوائده السابقة على هذا التاريخ فإذا كان الحكم قد أضاف فوائد لاحقة للتاريخ المذكور فإنه يكون قد أخطأ ".

(طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٨/١/٢)

٣- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة ان المقاصة القانونية على ما تقضى به المادة ٣٦٢ من القانون المدنى تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لا شك فى ثبوته فى ذمة المدين ، وأن يكون معلوم المقدار ، ولابد من اجتماع الشرطين اعتبارا بأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى ، لا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو غير معلوم مقداره ، وكان التمسك بالمقاصة القانونية يصح إذا توافرت شرائطها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وكان دين الأجرة عن المدة من ١٩٧١/٦/١ حتى آخر مارس سنة ١٩٧٣ قد حدد بوجه نهائى بالحكم الصادر فى ١٩٧١/١/٣٠ بعد أن قضى بعدم جواز استئنافه ، وكان يتعين على محكمة الموضوع إذا ما ثبت أن المطعون عليه لم يوف بالأجرة أن توقع المقاصة القانونية وهو ما يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر المقاصة قضائية فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)

٢٥٧ـ النزول عن المقاصة :

ذكرنا سلفا أن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها صاحب المصلحة . ويقابل هذا أن لصاحب المصلحة أن ينزل عن التمسك بها رغم توافر شروطها وثبوت الحق له فيها . فالمقاصة ليست من النظام العام .

فالتنازل عن المقاصة جائز بعد توافر شروطها . وقد يتم هذا النزول صراحة . ويجوز أن يقع ضمنا بشرط أن يستنتج من ظروف وقرائن تقطع فى الدلالة عليه ، إذ القاعدة أن النزول عن الحق لا يفترض[١] .

ومن أمثلة النزول الضمنى عن المقاصة أن يوفى المدين بالدين أو أن يقر بحق الدائن دون التمسك بالمقاصة أو يقبل حوالة الدين المستحق فى ذمته [٢].

ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان صاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة قد نزل أو لم ينزل عنها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لقاضى الموضوع السلطة فى استخلاص ما إذا كان صاحب المصلحة فى التمسك بالمقاصة قد نزل أو لم ينزل عنها وذلك بناء على ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢١)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠١ ومابعدها .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٠٨ .

غير أن المشرع منع النزول عن المقاصة مقدما أى قبل ثبوت الحق فيها ، لما لاحظه من أن بعض الدائنين - وبصفة خاصة البنوك فى تعاملها مع الأفراد- يشترطون على مدينيهم التنازل مقدما عن التمسك بالمقاصة بين ما عليهم من دين وما قد ينشأ لهم فى المستقبل من حقوق ، وقد رأى أن فى هذا الشرط إرهاقا للمدينين وتعسفا من جانب الدائنين وهم الجانب القوى [(١)].

ومن ثم لا يعتد بالتنازل عن المقاصة مقدما قبل ثبوت الحق فيها.

٢٥٨ـ انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما :

يترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، وذلك منذ الوقت الذى توافرت فيه شروطها وليس من وقت التمسك بها ، وبعبارة أخرى منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة .

فالمقاصة تقع بحكم القانون منذ توافر شروطها ولذلك سميت بالمقاصة القانونية . وحكم القاضى بالمقاصة لا يزيد على أن يكون مجرد تقرير لمقاصة وقعت بالفعل .

ويقع هذا الأثر الرجعى حتى لو كان الطرفان أو أحدهما يجهلان ثبوت حقهما فيها .

ويترتب على ذلك أنه إذا كان أحد الدينين منتجا لفائدة ، فلا تحتسب الفوائد إلا من المدة السابقة لتوافر شروط المقاصة . أما المدة اللاحقة فلا تحتسب عنها فوائد إذ أن الدين قد انقضى منذ الوقت الذى توافرت فيه شروط المقاصة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٢٠ - محمد على عمران ص ٢٥٨ .

وينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ولهذا فإن المقاصة تؤدى إلى قبول الدائن وفاء جزئيا لحقه . والمقاصة هـى إحـدى الحـالات الاستثنائية التى يجبر فيها الدائن على قبول وفاء جزئى ، خروجـا على القاعدة العامة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يكفى بناء على المادتين ١٩٢ ، ١٩٤ من القانون المدنى أن يتلاقى دين واجب الأداء مع دين مستحق الوفاء لتقع المقاصـة بين الدينين بقدر الأقل منهما فى وقت استحقاق الأخير ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٢/٢٤)

٢- " إن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٤٥ على أن مـن أخذ شيئا بغير استحقاق وجب عليه رده ، وهذا نص عام يشمل كل مبلغ مدفوع لغير مستحقه فيدخل تحته المدفوع زائدا علـى الفائـدة الجائز الاتفاق عليها ، وإذ نص فى المادة ١٤٦ على إلزام الآخـذ بفوائد ما أخذ إذا أخذه مع علمه بعدم استحقاقه إياه – إذ نص علـى هذا وذاك فإنه يكون قد أوجب على الآخذ أن يرد ما أخذه فى الحال، وأن يكون المبلغ المدفوع زائدا على الفائدة القانونية دينا لمن دفعـه على من قبضه مستحق الأداء يوم قبضه ، ومن ثـم تحصـل بـه المقاصة يومئذ بحكم القانون طبقا للمادة ١٩٤ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٩١ ، ٩٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

٢- " وإن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد المشترى المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشترى لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢٥٩- لايبطل التكليف بالوفاء تضمنه مبالغ تجوز فيها المقاصة :

أوجبت المادة ١٨ فقرة (ب) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فى دعوى الإخلاء لعدم الوفاء بالأجرة ، أن يوجه المؤجر قبل رفع الدعوى بخمسة عشر يوما تكليفا بالوفاء يتضمن الأجرة المستحقة قانونا ، فإذا تضمن التكليف بالوفاء أجرة تزيد على المستحق قانونا وقع التكليف باطلا حابط الأثر ولا يصلح أساسا لدعوى الإخلاء .

إلا أنه لا يبطل التكليف بالوفاء أن يضمن المؤجر التكليف مبالغ تجوز فيها المقاصة ، باعتبار أن المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أوضمنا بعد ثبوت الحق فيها ، وأوجب القانون على ذى المصلحة التمسك بها ، ومن ثم فإنه لا يكون من

شأن إجراء هذه المقاصة عند التمسك بها فى الدعوى أى تأثير على ما تم من إجراءات استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالإخلاء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقاصة وفق المادة ٣٦٥ من القانون المدنى تقع بقوة القانون متى توافرت شرائطها ، وأنها كالوفاء ينقضى بها الدينان بقدر الأقل منهما إذ يستوفى كل دائن حقه من الدين الذى فى ذمته ، وأن هذا الاقتضاء ينصرف إلى الوقت الذى يتلاقى فيه الدينان متوافرة فيها شروطها ، ولما كانت المقاصة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنها صراحة أو ضمنا بعد ثبوت الحق فيها ، وأوجب القانون على ذى المصلحة التمسك بها ، فإنه لا يكون من شأن إجراء هذه المقاصة عند التمسك بها فى الدعوى أى تأثير على ما تم من إجراءات استوجب القانون اتخاذها قبل رفع الدعوى بالإخلاء بمقتضى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ سالفة الإشارة، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدفع بعدم قبول الدعوى القائم على بطلان التكليف بالوفاء ، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ".

(طعن رقم ٩ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١١/٩)

---

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى إيجار وبيع الأماكن الخالية جـ٢ ص ٤٣٤ .

٢٦٠- تعيين جهة الدفع فى المقاصة :

تنص المادة (٣٦٥) فى عجزها على أن يكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعينيها فى الوفاء .

ومفاد ذلك أنه إذا تعددت الديون التى تجوز المقاصة فيها بين الطرفين ، وجب لتعيين الدين أو الديون التى تجرى بينها المقاصة، إتباع نفس قواعد احتساب الخصم التى نص عليها المشرع فى خصوص الوفاء فى المادتين ٣٤٤، ٣٤٥ . على أنه يلاحظ فى تطبيق المادة ٣٤٥ أن الفرض فى المقاصة أن الديون جميعا حالة ، إذ من شروط المقاصة أن يكون الدينان المتقاصان مستحقى الأداء. وكذلك الحال إذا كان كل من الطرفين مدينا بدين واحد ، متى اختلف الدينان فى القدر وكان الدين الأكبر يشمل على ملحقات من مصروفات وفوائد فتطبق المادة ٣٤٣. وقد عبرت المادة ٢/٣٦٥ عن هذه القاعدة بقولها " ويكون تعيين جهة الدفع فى المقاصة كتعيينها فى الوفاء "[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يترتب على المقاصة إذن- وفقاً للتصوير الذى اختاره المشروع- انقضاء الدينين انقضاء يستند أثره إلى وقت تلاقيهما ، بقدر الأقل منهما . فإذا تعددت ديون المدين ، كان احتساب الخصم

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٢٠ .

في المقاصة كاحتساب الخصم في الوفاء . ولما كانت المقاصة تقع وقت تلاقي الدينين ، فهي ترتب أثرها مادام الدين الذي توافرت فيه صلاحية القصاص قائما لم ينقض بالتقادم في هذا الوقت ، ولو تـم اكتمال مدة التقادم وقت طلب القصاص "[1].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٢ .

مادة (٣٦٦)

إذا كان الدين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة به رغم التمسك بالتقادم مادامت هذه المدة لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة .

الشرح

٢٦١- وقوع المقاصة رغم اكتمال مدة تقادم الدين :

القاعدة أنه متى توافرت شروط المقاصة فإنها تقع بحكم القانون . فوقوع المقاصة غير التمسك بها . فالمقاصة تقع بتوافر شروطها ولكن آثارها لا تتحقق إلا بالتمسك بها من صاحب المصلحة فيها، فينقضى الدينان بالتمسك بالمقاصة بقدر الأقل منهما، ولكن يتحقق هذا الانقضاء بأثر رجعى من وقت تلاقى الدينين [١].

ويترتب على ذلك أنه إذا كان أحد الدينين قد مضت عليه مدة التقادم وقت التمسك بالمقاصة ، فلا يحول ذلك دون وقوع المقاصة بعد التمسك بها ، مادام أن التقادم لم تكن قد تمت مدته فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة أى من الوقت الذى اجتمع فيه الدينان .

فمثلا إذا استحق للدائن (أ) دين فى ذمة المدين (ب) فى أول يناير ١٩٥٠، ثم نشأ لصالح (ب) دين على (أ) استحقه فى أول

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤١٢ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٢ .

يناير ١٩٥٨ . ثم رفع (ب) دعوى فـي عـام ١٩٦٦ يطالـب (أ) بالوفاء بدينه الذى كان مستحقا فى عام ١٩٥٨ . فى هذا الفـرض نجد أن حق (أ) على (ب) قد مضت عليه مدة التقـادم عنـد رفـع الدعوى إذ مضى على تاريخ استحقاقه ١٦ سنة (ومدة التقادم هى ١٥ سنه) ، على خلاف حق (ب) على (أ) الذى لم يمض عليـه إلا ثمانى سنوات فقط . فإذا تمسك (ب) بتقادم دينه كان من حق (أ) أن يرد عليه متمسكا بالمقاصة ، لأن الدينين اجتمعا صالحين للمقاصة فى عام ١٩٥٨ أى فى وقت لم تكن مدة التقادم فيه قد اكتملت .

وتطبيقا للأثر الرجعى للتمسك بالمقاصة بعود أثر المقاصة إلى هذا الوقت ، فيعتبر الحق أنه انقضى قصاصا منذ عام ١٩٥٨[1].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٣ – راجع أيضا اسماعيل غانم ص ٤٢١ ومابعدها – وكان النص المقابل فـى المشـروع التمهيـدى (م٥٠٤) يجرى على أن : "إذا كان الدين قد سقط بالتقادم وقت طلب المقاصة ، فلا يمنع سقوطه من وقوع المقاصة فيه ، مادام هذا السقوط لم يكن قد تم فى الوقت الذى أصبحت المقاصة فيه ممكنة " إلا أنه حال مناقشـة النص فى لجنة المراجعة اقترح معالى السنهورى باشا تعديلات تجعـل الحكم أدق إذ المقصود اعتبار الدين الذى سقط بالتقـادم قائمـا حكمـا بالنسبة إلى وقوع المقاصة فوافقت اللجنة على ذلك وعدلت النص إلى صورته الراهنة . (مجموعة الأعمال التحضـيرية جــ٣ ص٢٨١ ومابعدها) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولما كانت المقاصة تقع وقت تلاقى الدينين ، فهى ترتب أثرها مادام الدين الذى توافرت فيه صلاحية القصاص قائما لم ينقض بالتقادم فى هذا الوقت ، ولو تم اكتمال مدة التقادم وقت طلب القصاص "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يكفى بناء على المادتين ١٩٢ ، ١٩٤ من القانون المدنى أن يتلاقى دين واجب الأداء مع دين مستحق الوفاء لتقع المقاصة بين الدينين بقدر الأقل منهما فى وقت استحقاق الأخير .

فإذا كان أحد الدينين قد استحق فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ والآخر فى آخر ديسمبر سنة ١٩٢٨ فإنه فى هذا الوقت الآخر لم يكن الدين الأول قد سقط الحق فى المطالبة به بمضى المدة فيتقابل الدينان فيه وتقع المقاصة بقدر أقلهما . ولايمنع من حصول هذه المقاصة أن يكون قد طلبها صاحب الدين الأول بعد دعوى خصمه صاحب الدين الثانى عليه مهما استطالت المدة ، لأن المقاصة تقع حتما بدون طلب من ذوى الشأن . فالتمسك بها بعد رفع دعوى الخصم إنما هو تمسك بأمر قد وقع فعلا بقوة القانون ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٢/٢٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٢ .

مادة (٣٦٧)

١- لايجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير .

٢- فإذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز .

الشرح

٢٦٢- امتناع وقوع المقاصة إضرارا بالغير :

لايجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير ، وذلك على الرغم من توافر شروطها . فإذا تعلق للغير حق بأحد الدينين يمنع من الوفاء به ، امتنعت المقاصة ، لأن في وقوعها عندئذ إضرارا بهذا الغير .

وهذه القاعدة التى نص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ، ورد تطبيقان لها الأول فى الفقرة الثانية من المادة والثانى بالمادة التالية .

والتطبيق الأول – الذى يعنينا فى شرح هذه المادة – يتعلق بالحجز على أحد الحقين تحت يد المدين .

ومؤدى هذا التطبيق أنه إذا أوقع الغير حجزا تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائنا لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالحاجز .

ولا يقتصر مؤدى هذا الحكم على منع التمسك بالمقاصة إذا ترتب دين المدين فى ذمة دائنه بعد الحجز ، بل إن المقاصة تمتنع

كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ قبل الحجز ، ولكنه لم يكن صالحا للقصاص عند توقيع هذا الحجز .

على أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى اقتسام الدين المحجوز قسمة غرماء [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" من المقرر أن المقاصة لا تقع إضرارا بما يكون للغير من حقوق مكتسبة . وقد أورد المشروع تطبيقين هامين من تطبيقات هذا المبدأ عرض لهما التقنين الراهن ولكن فى عبارة يعوزها التفصيل :

(أ) ويعرض أول هذين التطبيقين عند توقيع حجز تحت يد المدين فإذا ترتب لهذا المدين دين فى ذمة دائنه المحجوز على ماله، بعد توقيع ذاك الحجز ، امتنع عليه التمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز . ومؤدى هذا أن الدين المحجوز لايجوز القصاص فيه شأنه من هذا الوجه شأن الدين غير القابل للحجز ولا يشترط فى هذه الحالة أن يترتب دين المدين فى ذمة دائنه بعد الحجز ، بل تمتنع المقاصة كذلك ولو كان هذا الدين قد نشأ من قبل . مادامت

---

(١) الدكتور عبد المنعم الصده ص ١٤٣ - المستشار أنور طلبه ص ٤١٤ ومابعدها .

شروطها لم تتوافر عند توقيعه (قارن المـــادة ٣٩٢ مـــن التقنـــين الألمانى) ويراعى أخيرا أن للدائن الذى تمتنع عليه المقاصة فـــى هذه الحالة أن يحجز تحت يد نفسه ، فيتيسر له بذلك أن يشترك مع الحاجز الأول فى انقسام الدين المحجوز عند التوزيع "[١].

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٦ .

مــادة (٣٦٨)

١- إذا حول الدائن حقه للغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال له بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة ، ولا يكون لــه إلا الرجــوع بحقه على المحيل .

٢- أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها ، فــلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة .

الشــــرح

٢٦٣- لايجوز للمدين التمسك بالمقاصة بعد حوالة حقه :

ذكرنا فى شرح المادة السابقة أن الفقرة الأولى منها نصت على أنه لايجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق كسبها الغير .

وأن فقرتها الثانية أوردت تطبيقا لهذه القاعدة فى فقرتها الثانيــة وهو خاص بتوقيع الحجز - كما رأينا - أن المشرع أورد تطبيقــا ثانيا لهذه القاعدة فى المادة (٣٦٨) .

فبمقتضى هذه المادة إذا حول الدائن حقه إلى الغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحــال إليه بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله الحوالة .

ولا يكون له إلا الرجوع بحقه على المحيل . ذلــك أن قبــول الحوالة فى وقت كان يستطيع فيه المدين التمسك بالمقاصة يعتبــر من جانبه نزولا عن المقاصة ، مادام أنه كان يعلم بالمقاصة وقــت

قبوله الحوالة دون تحفظ من جانبه . فإذا قبل الحوالة دون أن يكون عالما بثبوت حقه فى التمسك بالمقاصة . فإنه يعد مخطئا فى حـق نفسه ، ويجب أن يفضل عليه المحال له الذى اطمأن إلى الحوالـة بعد أن قبلها المدين ، إذا لم يكن فى وسعه أن يحيط علما بعلاقـات المحيل والمدين فالمقاصة لايجـوز إذن أن يجـرى التمسـك بهـا إضرارا بالغير . وهذا ما يفسر لنا هذا الاستثناء من تلـك القاعـدة العامة التى تجيز للمدين التمسك ضد المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها تجاه المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه .

والحكم السابق مقصور على نفاذ الحوالة عـن طريـق قبـول المدين لها بدون تحفظ[١] ، أما إذا نفذت الحوالة فى حقه عن طريق إعلانه بها ، لم يسقط حقه فى التمسك بالمقاصة ، وتكون الحوالة قد وقعت عندئذ على حق انقضى بالمقاصة [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٥ – اسماعيل غانم ص ٤٢٣ .

(٢) وكانت الفقرة الثانية من المادة (٥٠٦) من المشروع التمهيدى المقابلة لهذه المادة تنص على أنه :

"أما إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ، ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هـذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة ، إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة ".

إلاأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت عبارة "إلا إذا كان الحق الذى يريد المقاصة به ثبت فى ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة " – وسبب هذا التعديل بالحذف أنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الدين فلا يكون هناك محل للمقاصة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٦ ومابعدها) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما التطبيق الثانى فيتحقق إذا حول الدائن حقه للغير ، وقبل المدين هذه الحوالة دون تحفظ . فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك بالمقاصة إضرارا بالمحال له ، ولو كان له أن يتمسك بها من قبل ، ولا يمكن لمن يفوت عليه التمسك بالمقاصة على هذا الوجه إلا أن يرجع بدينه على المحيل ، دون أن يكون له يتمسك أن بالتأمينات التى أنشئت لضمان الوفاء بهذا الدين إضراراً بالغير ولكن إذا كان المدين قد أعلن بالحوالة دون أن يقبلها فلا يحول هذا الإعلان بينه وبين التمسك بالمقاصة ، وغنى عن البيان أنه لا يجوز للمدين أن يتمسك بالمقاصة بين دين وجب له فى ذمة دائنه وبين الدين المحال به ، إذا كان دينه هو قد ترتب بعد إعلان الحوالة [1].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٦ .

مــادة (٣٦٩)

إذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز أن يتمسك إضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق .

الشــرح

٢٦٤ـ الوفاء بالدين بعد ثبوت الحق فى المقاصة :

تعرضت المادة لحالة سكوت المدين عن التمسك بالمقاصة رغم توافر شروطها ، ثم وفائه بالدين بعد ذلك .

ففرقت بين فرضين :

الفرض الأول :

أن يكون الموفى جاهلا وقت الوفاء أن له حقا على دائنه . فى هذا الفرض يكون للموفى الخيار بين أمرين : **الأول** ، أن يتمسك بالمقاصة فيعتبر الدينان قد انقضيا منذ الوقت الذى كانا فيه صالحين للمقاصة وبالتالى يكون قد دفع غير المستحق فيكون له استرداد ما دفع . والتزام الموفى له بالرد التزام جديد مصدره الفعل النافع (واقعة دفع غير المستحق) . فهو إذن التزام مستقل عن التزامه القديم الذى انقضى بالمقاصة ، فلا يتصف بما كان لذلك الالتزام من صفات ، كما أنه ليس للموفى أن يتمسك بالتأمينات التى كانت ضامنة لحقه ، إذ هو لا يرجع بنفس الحق إنما بحق جديد .

والثانى ، أن يتنازل الموفى عن التمسك بالمقاصة ، فيكون الوفاء صحيحا ، ويبقى للموفى الرجوع على الطرف الآخر بماله من حق ، وله فى هذه الحالة أن يتمسك بالتأمينات الضامنة لحقه[1].

الفرض الثانى :

إذا كان الموفى يعلم وقت الوفاء أن له حقا قبل دائنه ووفى بدينه رغم ذلك ، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بالمقاصة، إذ يعتبر قد تنازل عنها وبالتالى فليس له إلا الرجوع بماله من حق . إنما ليس له أن يتمسك إضرارا بالغير بالتأمينات التى تكفل حقه ، فليس له الرجوع على الكفيل أو المدين المتضامن أو حائز العقار المرهون وليس له أن يتمسك بالرهن إضرارا بالدائنين التالين له فى المرتبة[2].

---

(١) كانت المادة (٥٠٧) من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة (٣٦٩ مدنى) تنص فى عجزها على أن : " وكان له فى ذلك عذر مقبول " – وأثناء مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، اقترح سعادة الرئيس حذف العبارة سالفة الذكر لأنه مادام المدين يجهل وجود الحق الذى يتمسك بالمقاصة به فإن هذا الجهل فى حد ذاته عذر مقبول ، وشاركه فى ذلك باقى حضرات الأعضاء .
ولما رأت الحكومة أن هناك ميلا لحذف هذه العبارة اقترحت أن يقال : " إلا أثبت أنه كان يجهل وجود هذا الحق ". فاعترضت اللجنة على ذلك لأن إثبات الجهل لايجوز . وأخيرا استقر الرأى على حذف العبارة المذكورة " اكتفاء بواقعة جهل المدين لوجود حقه وحسما للمنازعات التى تنشأ عن تقدير ما يعتبر مقبولا أوغير مقبول من الأعذار (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٩ ومابعدها) .

(٢) محمد على عمران ص ٢٥٩ ومابعدها – اسماعيل غانم ص ٤٢٤ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تواجه هذه المادة حالة سكوت المدين عن التمسك بالمقاصة فى حينها ، وينبغى التفريق فى هذا الصدد بين فرضين :

(أ) فإذا كان المدين قد وفى الدين وهو يجهل أنه انقضى بالمقاصة ، مع علمه بترتب حق له فى ذمة الدائن ، انقضى الدين رغم ذلك بالقصاص ، ولا يكون للمدين إلا أن يسترد ما أداه خطأ (أنظر المادة ١٩٨/٢٦٢ من التقنين المصرى) .

(ب) وإذا وفى المدين دينه وله عذر مقبول فى الجهل بحقه ، اعتبرت المقاصة كأن لم تكن ، استثناء من أحكام القواعد العامة . وينهض لتوجيه هذا الاستثناء ، ما هو ملحوظ فى حسن نية المدين، ولذلك جعل له أن يطالب بحقه ، وأن ينتفع من التأمينات التى أنشئت لضمان الوفاء به "[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٨٩ .

المقاصة الاختيارية

٢٦٥- المقصود بالمقاصة الاختيارية :

إذا تخلف أحد شروط المقاصة القانونية فلا تقع هذه المقاصة بحكم القانون ، ولكنها قد تقع بالاختيار ، بإرادة أحد الطرفين أو بإرادتهما معا .

فإذا كان الشرط الذى تخلف فى المقاصة القانونية قد قصد به مصلحة أحد الطرفين ، جاز له أن يوقع المقاصة بإرادته وحدها . مثل ذلك أن يتخلف شرط تلاقى الدينين ، بأن يكون لدائن دين على قاصر ، وعليه دين لوصيه ، فيجوز للوصى أن يتمسك بالمقاصة بين دين القاصر والدين الذى له (أى للوصى) فى ذمة الدائن .

وقد يتخلف شرط استحقاق الأداء أو شرط الصلاحية للمطالبة أمام القضاء بالنسبة لأحد الدينين ، بأن كان أحد الدينين مؤجلا أو مجرد التزام طبيعى ، فيجوز للمدين به أن يتمسك بالمقاصة .

أما إذا كان عدم وقوع المقاصة القانونية قد قصدت به مصلحة الطرفين معا ، كما لو اختلف موضوع الدينين ، فلا تقع المقاصة إلا بإرادة الطرفين ، فتكون المقاصة فى هذه الحالة اتفاقية[1].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٢٥ – نبيل إبراهيم سعد ص ٤١١ – محمد عمران ص ٢٦٠ .

٢٦٦ـ آثار المقاصة الاختيارية :

سواء تمت المقاصة الاختيارية بإرادة أحد الطـرفين أو كانـت باتفاق الطرفين فهى لا تقضى الدينين إلا من وقت التمسك بهـا أو الاتفاق عليها .

ولايجوز على أى الأحوال أن تقع المقاصة إضـرارا بحقـوق كسبها الغير .

المقاصـة القضائيـة

٢٦٧ـ المقصود بالمقاصة القضائية :

المقاصة القضائية هى المقاصة التى يجريهـا القاضـى حيـث يتخلف من شروط المقاصة القانونية أحد شرطين إما شرط الخلـو من النزاع أو معلومية المقدار .

ومن ثم لايجوز طلب المقاصة القضائية بين دين حـال وآخـر مؤجل ، أو دين غير صالح للمطالبة به قضاء مثلا[١] .

فإذا طالب دائن مدينه بالوفاء بما عليه فتقدم المدعى عليه بطلب عارض يدعى فيه بحق ينازعه خصمه فى وجوده أو فى مقـداره ، فلن تقع المقاصة القانونية لأن أحد الدينين متنازع أو غيـر معـين المقدار . ولكن للمحكمة أن تفصل فى هذا النزاع ، فـإن قضـت بوجود الحق وعينت مقداره حكمت بالمقاصة بين الحقين .

وعلى ذلك فإن القاضى عندما يفصل فى النزاع حـول وجـود الحق أو مقداره ، إنما يقتصر على مجرد استكمال شروط المقاصة القانونية . ومتى توافرت هذه الشروط حكم القاضى بالمقاصة .

ويلاحظ أن المقاصة هنا سميت بالمقاصة القضائية لأنها لاتقـع إلا بعد أن يوقف القضاء الفصل فى طلب المدعى حتى يحقق طلب المدعى عليه ويقضى فى الطلبين معا ويجرى عندئذ المقاصة بينهما.

---

(١) السنهورى ص ٨٣٥ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٩ .

غير أن القاضى ليس ملزما قانونا بوقف الفصل فى دعوى المدعى، فقد لا يبدو له طلب المدعى عليه ظاهر الجدية وإنما قصد به فقط مجرد تأخير الفصل فى الدعوى . عندئذ يفصل القاضى فى الطلب الأصلى ، ويكون على المدعى عليه بعد ذلك أن يرفع دعوى أخرى مبتدأة للمطالبة بحقه [١].

٢٦٨ـ كيفية طلب المقاصة القضائية :

تطلب المقاصة القضائية بدعوى ترفع بالإجراءات المعتادة ، كما تطلب بطلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه[٢] وقد نصت المادة ١٢٥ من قانون المرافعات على أن للمدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة : ١- "طلب المقاصة القضائية ...". إلا أنه لايجوز طلب المقاصة القضائية فى صورة دفع للدعوى الأصلية .

وإذا كان طلب المقاصة القضائية مما يدخل فى إجراءات التقاضى فإنه يكون متعلقا بالنظام العام ، وتتصدى له المحكمة من تلقاء نفسها وعليها القضاء بعدم قبول طلب المقاصة القضائية إذا لم يبد بدعوى أصلية أو بطلب عارض .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٠٩ – محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٦.

(١) السنهورى ص ٨٣٦ – محمد لبيب شنب ص ٣٩٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " للمدعى عليه وفقا لنص المادة ١٥٢ من قانون المرافعات أن يقدم من الطلبات العارضة طلب المقاصة القضائية وأى طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعى بطلباته كلها أو بعضها – وعلى المحكمة طبقا لنص المادة ١٥٥ من ذات القانون أن تحكم فى موضوع الطلبات العارضة مع الدعوى الأصلية كلما أمكن ذلك وإلا استبقت الطلب العارض للحكم فيه بعد تحقيقه ، فإذا كانت دعوى الطاعنة الفرعية – على ما أورده الحكم المطعون فيه بشأنها- تنطوى على طلب المقاصة القضائية بين ما يستحقه الطاعن وباقى المستأجرين فى هذه الدعوى الفرعية قبل المطعون عليها الأولى – قيمة ما حصلته زياة عن الإيجار المستحق لها وبين ما تستحقه هذه الأخيرة قبلهم من الإيجار فى الدعوى الأصلية – وكان هذا الطلب منهم يعتبر دفاعا فى الدعوى الأصلية يرمى إلى تفادى الحكم عليهم بطلبات المطعون عليها الأولى- فإن هذا وذاك يجعل الدعوى الفرعية مقبولة يتحتم على المحكمة قبولها والحكم فيها طبقا لنص المادة ١٥٥ من قانون المرافعات ".

(طعن رقم ١١٠ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٢٥)

٢- " يشترط لإجراء المقاصة القضائية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يطلبها صاحب الشأن بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض . وإذ كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة

الموضوع إلا باستحقاقه للريع بعد إبطال عقد شرائه للأطيان وعدم خصمه من الثمن المدفوع منه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعمل المقاصة القضائية بين الفائدة التى يرى الطاعن استحقاقه لها وبين الريع المقضى به لا يكون مخالفا للقانون أو مشوبا بالقصور " .

(طعن رقم ٣٨١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/٣/١٥)

٢٦٩ـ لايقبل طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية :

لا يقبل طلب المقاصة القضائية أمام المحكمة الاستئنافية لأول مرة ، إذ يعد طلبا جديدا ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات على أن : " لا تقبل الطلبات الجديدة فى الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقاصة القضائية لا تكون إلا بدعوى أصلية أو فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه طبقا للمادة ١٥٢ من قانون المرافعات فإذا كان الطاعن لم يبد طلب المقاصة القضائية بين ما هو مستحق عليه من الثمن وما هو مستحق له من الثمار إلا أمام محكمة الاستئناف فإنه حتى لو اعتبر طلبا عارضا فإنه يكون غير مقبول لإبدائه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فلا على المحكمة إن هى التفتت عنه " .

(طعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

٢- " يشترط لإجراء المقاصة القضائية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن ترفع بطلبها دعوى أصلية أو أن تطلب في صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية . ويشترط لقبول الطلب العارض وفقا للمادة ١٥٠ من قانون المرافعات السابق أن يقدم إلى المحكمة بصحيفة تعلن للخصم قبل يوم الجلسة أو يبدى شفاهة فى الجلسة فى حضور الخصم . ويثبت فى محضرها .

وإذ كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بإجراء هذه المقاصة فى صورة دفع لدعوى المطعون عليه ، ولم يطلبها بطلب عارض ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو أغفل الرد على هذا الدفع ".

(طعن رقم ٥ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)

٢٧٠ـ آثار المقاصة القضائية :

إذا توافرت شروط المقاصة القضائية حكم القاضى بإجرائها وبانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما .

وحكم القاضى هو الذى ينشئ المقاصة القضائية ، ومن ثم لاتقع هذه المقاصة إلا من وقت صدور الحكم بها ، لا من وقت رفع الدعوى بها ، لأن الحكم هنا منشئ وليس كاشفا . وفى هذا تختلف المقاصة القضائية عن كل من المقاصة القانونية التى تقع من وقت تلاقى الدينين ، والمقاصة الاختيارية التى تقع من وقت إعلان الإرادة فى إجرائها .

ويترتب على المقاصة من الآثار مما يترتـب علـى المقاصـة القانونية ، عدا أنها تقع من تاريخ الحكم [١].

(١) السنهورى ص ٨٤٠- محمد على عمران ص ٢٦٠- محمد لبيب شنب ص ٢٩٢ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٦ .

٤ـ اتحاد الذمـة
(مـادة ٣٧٠)

١- إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسـبة إلى دين واحد ، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .

٢- وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسـبة إلـى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

الشـــرح

٢٧١ـ تعريف اتحاد الذمة :

اتحاد الذمة هو اجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحـد بالنسبة إلى دين واحد . ويلاحظ الفرق الجوهرى بين اتحاد الذمـة والمقاصة . فالمقاصة تفترض شخصين بينهما التزامان ، المدين فى أحدهما دائن فى الآخر . أما اتحاد الذمة فهو يفترض دينـا واحـدا يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه [١].

ويتحقق اتحاد الذمة فى الغالب عن طريق الميراث ، فإذا كـان المدين وارثا لدائنه ، وتوفى هذا الأخير ، فإن المدين يـرث فيمـا يرثه عنه حق المورث فى ذمته ، ويصبح الوارث دائنـا لنفسـه ، فتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين ، وينقضى الدين باتحاد الذمة ، فإذا كان المدين وارثا واحدا اتحدت الذمة فىكل الدين وانقضى كلـه ،

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٢٦ - عبد المنعم البدراوى ص ٤١٠ .

وإذا ورث ثلث التركة مثلا ، اتحدت الذمة بقدر الثلث وبقى الـدين في ذمته ، بقدر الثلثين لبقية الورثة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" تقوم المقاصة على تلاقى دينين وتساقطهما قصاصا من جراء ذلك . أما اتحاد الذمة فيفترض وجود دين واحد يخلف أحد طرفيـه الطرف الآخر فيه . فيترتب على اجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص انقضاء هذا الدين . ولا يقتصر اتحاد الذمـة علـى الالتزامات أو الحقوق الشخصية وحدها ، بل يتناول كذلك الحقـوق العينية ، ويسمى فى هذه الحالة " بالإدغام "[1].

٢٧٢- حالات اتحاد الذمة :

يقع اتحاد الذمة إما بسبب الوفاة وإما بين الأحياء .

(أ) فقد يقع اتحاد الذمة بسبب الميراث أو الوصية ، فإذا تـوفى الدائن فورثه المدين ، أصبحت تركته دائنة للمدين بمبلغ الدين . فإذا كان المدين هو الوارث الوحيد فإنه يرث كل الدين الذى للتركة عليه ، فيصبح دائنا فى هذا الدين نفسه ، وتجتمع فيه صفتا الدائن والمدين فينقضى الدين أو يقف نفاذه عن طريق اتحاد الذمة فإذا ورث نصف الدين مثلا لوجود وارث تقاسم معه التركة ، انقضى نصف الـدين باتحاد الذمة ، وبقى ملتزما بالنصف الآخر نحو الوارث الآخر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٢ .

أما إذا توفى المدين وورثه الدائن ، كانت التركة مدينة للوارث وسواء كان الدائن هو الوارث الوحيد للمدين أو هو أحد الورثـة ، فإنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية وهى التى تسرى على الميراث، وإن كان يرث الدين الذى للتركة ، لا يرث الدين الذى على التركة . ومن ثم لا بد من سداد الدين أولاً ، فيستوفى الدائن هذا الدين مـن التركة . وعند ذلك تصبح التركة خالية من الديون ، فيرثها الـدائن وحده أو مع غيره . وفى هذه الصورة لا تتحدد الذمة فـى الـدين الذى على التركة ، بل يتقاضى الـدائن حقـه أولا مـن التركـة ، فينقضى بطريق الوفاء لا بطريق اتحاد الذمة ثم يرث الدائن التركة بعد ذلك خالية من الديون .

وإذا أوصى دائن لمدينه بتلك التركة ، فإن المدين الموصى لـه يصبح بعد موت الدائن الموصى مدينا للتركة بالدين وموصـى لـه بثلث التركة ، فينقل إليه من الدين ثلثه ، ويكون مـدينا بـه بحكـم المديونية السابقة، ودائنا له بحكم الوصة، فتتحد الذمة فى ثلث الدين ، ويبقى ثلثاه فى ذمته دينا للتركة . أما إذا كان المـدين هـو الـذى أوصى للدائن بثلث تركته ، فإن الدائن الموصى له يكون بعد موت الموصى دائنا للتركة بمبلغ الدين وموصى له بثلث التركة . ويجب طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، سداد الـدين مـن التركـة أولاً ، فيستوفى الدائن عنها مبلغ الدين . وينقضى الدين بالوفاء لا باتحـاد

الذمة ، ثم يستولى الدائن بعد ذلك عن طريق الوصية على ثلث التركة خالية من الديون [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " اتحاد الذمة لايتحقق إلا باجتماع صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد ومن ثم فلا يتحقق اتحاد الذمة إذا ما ورث الدائن المدين إذ تمنع من ذلك أحكام الشريعة الاسلامية التى تحكم الميراث فى هذه الحالة ذلك أنه حيث يرث الدائن المدين فإنه لا يرث الدين الذى على التركة حتى ولو كان هو الوارث الوحيد للمدين لما هو مقرر فى الشريعة الاسلامية من أنه لا تركة إلا بعد سداد الدين مما مقتضاه أن تبقى التركة منفصلة عن مال الوارث الدائن حتى تسدد الديون التى عليها وبعد ذلك يرث هذا الدائن وحده أو مع غيره من الورثة ما تبقى من التركة ".

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٤/١٤)

(ب)- وقد يقع اتحاد الذمة حال الحياة ، وإن كان هذا فرضا قليل الوقوع فى العمل ومثال ذلك :

١- أن تشترى إحدى الشركات السندات التى أصدرتها . فالسند يمثل دينا على الشركة لصالح صاحبه . فإذا قامت الشركة بشراء هذا السند ، فإنها تصبح دائنة لنفسها فيتحقق اتحاد الذمة بقدر قيمة هذا السند .

---

(١) السنهورى ص ٨٤٣ ومابعدها .

٢- ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٤٦٩ مدنى على أنه : " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع " . فهذا دين متنازع فيه فى ذمة المدين للدائن ، وقد حوله الدائن بمقابل إلى شخص آخر ، فيستطيع المدين أن يحول الصفقة إليه عن طريق رد الثمن والفوائد إلى المحال له . فيصبح المدين ، بفضل هذا الاسترداد ، دائنا لنفسه وتتحد الذمة فى الدين . والواقعة التى أدت إلى اتحاد الذمة هنا هى تصرف قانونى ما بين الأحياء ، فاسترداد الدين ينطوى كالشفعة على تصرف قانونى [١].

٣- شراء المستأجر العين المؤجرة ، إذ يصبح المستأجر دائنا ومدينا بالأجرة . وإذا كانت العين المؤجرة عقارا فإنها لا تنتقل ملكيتها إلى المستأجر إلا بالتسجيل ، وبالتالى يتحقق اتحاد الذمة ، بتسجيل العين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " اتحاد الذمة يقتضى وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه ، فيترتب على اجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص انقضاء الدين ومن ثم فإن اجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد

---

(١) السنهورى ص ٨٤٥ - محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٧ ومابعدها .

الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضى بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فىهذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستاجر والمؤجر. أما إذا كان شراء المطعون عليه (المستأجر من الباطن) وإخوته من المالكة الأصلية العين المؤجرة منها للطاعن (المستأجر الأصلى) قد ترتب عليه حلولهم محل المالكة الأصلية فى الإجارة الصادرة منها إلى الطاعن ، دون حلولهم محل الطاعن فى الإجارة الصادرة منه إلى المطعون عليه ، فإن هذا الشراء لا تنشأ عنه حالة اتحاد ذمة تنتهى بها الإجارة الصادرة من الطاعن للمطعون عليه لأنه لم يكن من مؤداه اجتماع صفتى المستأجر والمؤجر فى هذه الإجارة بذاتها فى شخص المشترى . ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة ولو كانت ملكية العين المؤجرة جميعها قد انتقلت إلى المستأجر من الباطن ، وليس ثمة ما يمنع قانونا من أن يكون المستأجر هو المالك. وإذ كان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر واعتبر عقد الإيجار من الباطن قد انفسخ بالنسبة إلى ثلث العين المؤجرة استنادا إلى قيام حالة اتحاد الذمة بشراء المطعون عليه ثلث العين المؤجرة فإنه يكون قد خالف القانون " .

(طعنان رقما ٢٢٧، ٢٢٨ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

٢- " المقرر – أنه ولئن كان عقد الإيجار ينتهى باتحاد الذمة كما إذا اشترى المستأجر **العين المؤجرة** لأنه بهذا الشراء تكون قد

اجتمعت فيه صفتا المستأجر والمؤجر فينقضى الالتزام باتحاد الذمة وينتهى الإيجار غير أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة أما إذا اقتصر على حصة شائعة فى العقار الكائنة به فإن عقد الإيجار يبقى نافذا قبل اسمستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه ولا يكون له سوى حصة فى الأجرة بقدر نصيبه فى الشيوع يقتضيها ممن له حق الإدارة أو يخصمها من الأجرة لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها أن الطاعنين ومورثهم من قبلهم قد حازوا عين النزاع بوصفهم مستأجرين لها بموجب عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦٨/٨/٦ ولم يتخلوا عن هذه الحيازة للمطعون ضدهم برغم انتهاء العقد والتنبيه عليهم بعدم الرغبة فى تجديده وكان شراء الطاعنين لنصيب المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين البالغ قدره $\frac{٧}{٢٠}$ من عين التداعى لم يعقبه استلام فعلى لهذه العين وإنما هو تسليم حكمى نتيجة لهذا الشراء ذلك أن البالغين لم يكونوا حائزين لهذه العين حيازة فعلية حتى يتسنى لهم تسليمها ، ولما كان شراء الطاعنين القدر المشار إليه فى العين المؤجرة من المطعون ضدهم الثلاثة الآخرين قد ترتب عليه حلولهم محل المالكين الأصليين فى الإجارة الصادرة منهم إلى الطاعنين ، دون حلولهم محل المطعون ضدهما الأول والثانى فى حالة اتحاد ذمة تنتهى بها الإجارة

الصادرة من المطعون ضدهم للطاعنين لأنه لم يكن مؤداه اجتماع صفتى المستأجر والمؤجر فى هذه الإجارة بذاتها فى شخص المشترين ومن أجل ذلك تبقى هذه الإجارة قائمة بما لازمه القول بأن عقد الإيجار الصادر من المطعون ضدهم للطاعنين عن عين النزاع وهو عقد صحيح يحق معه للمطعون ضدهم الأول والثانى بصفتهما أصحاب أغلبية الأنصبة فى العقار محل الدعوى طلب إنهاء العقد وإذ كان الحكم خلص فى قضائه إلى انتهاء عقد الإيجار الذى ستند إليه المطعون ضدهم فى طلب الإخلاء فإنه يكون قد طبق صحيح حكم القانون على واقعة الدعوى " .

(طعن رقم ٩٣٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/٢٩)

٣- " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – أنه وإن كان عقد الإيجار ينتهى باتحاد الذمة ، كما إذا اشترى المستأجر العين المؤجرة، لأنه بهذا الشراء تكون قد اجتمعت له صفتا المستأجر والمؤجر فينقضى الالتزام باتحاد الذمة وينتهى الإيجار إلا أن شرط ذلك أن يشمل البيع كامل العين المؤجرة ، أما إذا اقتصر على حصة شائعة فيها فإن عقد الإيجار يبقى قائما ونافذا قبل المستأجر بشروطه ولا يحق له التحلل منه ، ولا يكون له سوى حصته فى الأجرة بقدر نصيبه فى الشيوع يقتضيها ممن له الحق فى إدارة المال أو يخصمها من الأجرة " .

(طعن رقم ٢٢٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٥)

٤-(أ)- " اتحاد الذمة- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يقتضى وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتى الدائن والمدين فى نفس الشخص انقضاء الدين ، فإن اجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد لا تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضى بها إلا إذا ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فى هذا العقد بالذات لأنه بذلك يجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر " .

(طعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

(ب)- " شراء المستأجر للعين المؤجرة بعقد عرفى لا ينقل إليه ملكيتها ولا يحل به محل المؤجر فلا تقوم به حالة اتحاد الذمة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة . وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر شراء الطاعنين لأطيان النزاع بالعقد العرفى المؤرخ ١٩٦٩/١٠/١٥ تتوافر به اتحاد الذمة فى مواجهة المطعون ضدهما الأولين فينقضى عقد الإيجار الذى يتمسكون به فى مواجهتهما فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ، وإذ حجبه هذا التقرير الخاطئ عن بحث قيام العلاقة الإيجارية التى يتمسك بها الطاعنون وأثرها فى طلب المطعون ضدهما الأولين إلزامهم بتسليمهما أطيان النزاع فإنه يكون مشوبا أيضا بالقصور فى التسبيب ".

(طعن رقم ٤٣٢٩ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧)

٢٧٣ـ قابلية كافة الديون للانقضاء باتحاد الذمة :

يرد الانقضاء باتحاد الذمة على كافة الديون أيا كان مصدرها . أى سواء كان الدين مصدره عقد أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو نص فى القانون .

ولايقتصر اتحاد الذمة على الحقوق الشخصية وحدها ، بل هو يرد أيضا على الحقوق العينية ، مثال ذلك إذا توفى مالك الرقبة فورثه المنتفع ، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به أو بالعكس ، أو إذا وفى حائز العقار المرهون الدين المضمون بالرهن فهو يحل محل الدائن فى الرهن الوارد على عقاره .

كما يرد على كافة الديون أيا كان الوصف الذى يلحق بها . فيصح اتحاد الذمة فى الدين البسيط وفى الدين المضاف إلى أجل وفى الدين المعلق على شرط واقف وفى الدين المعلق على شرط فاسخ إلا إذا لم يتحقق الشرط الواقف ، أو تحقق الشرط الفاسخ فقد زال الدين وزال معه اتحاد الذمة(١) .

٢٧٤ـ أثر اتحاد الذمة :

يترتب على اتحاد الذمة انقضاء الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة . فقد يقع اتحاد الذمة فى الدين بتمامه ، كما لو كان المدين هو الوارث الوحيد للدائن، وقد يقع اتحاد الذمة فى جزء من الدين ، كما لو ورث المدين نصف التركة .

---

(١) السنهورى ص ٨٤٦ .

والعلة فى انقضاء الدين باتحاد الذمة هى استحالة أن يطالب الإنسان نفسه . فاتحاد الذمة هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين إذ لا يمكن للدائن أن يطالب نفسه بالدين . ومن ثم يذهب الفقه فى مجمله إلى أن القول بأن الذى يترتب على اتحاد الذمة فقط هو وقف نفاذ الدين من ناحية المطالبة وحدها ويبقى مع ذلك الدين معتدا به من نواح أخرى ، أى من النواحى التى لاتتعلق بالمطالبة بالدين[١] – كما سنرى – ولذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فإن المانع يزول أيضا ويعود الالتزام بما يتبعه من ملحقات ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن كما سنرى .

وقد أخذ المشروع التمهيدى برأى مجمل الفقه فقد جاء به :

" ويراعى أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سببا من أسباب انقضاء الالتزام ، بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة بالدين ، من جراء اتحاد صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص ... الخ "[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا اعتبرت المادة الرابعة من القانون ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ الشركة المندمج فيها أن الشركة الناتجة عن الاندماج خلفا عاما

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٤٥ – محمد على عمران ص ٢٦٢– محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٨ – نبيل إبراهيم ص ٤١٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٢ .

للشركات المندمجة وتحل محلها حلولا قانونيا فيما لها وما عليها ، فإنه يترتب على الإدماج- وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض- أن تتمحى شخصية الشركة المندمجة وتؤول إلى الشركة الدامجة وحدها جميع الحقوق والالتزامات الخاصة بالشركة الأولى بعد انقضائها . وإذ كان الثابت أنه قد اجتمعت فى شخص الشركة الجديدة صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين البنك - الطاعن - فإنه ينقضى بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة على ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٣٧٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢١)

٢- " اتحاد الذمة يقتضى وجود التزام واحد يخلف أحد طرفيه الطرف الآخر فيه فيترتب على اجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص انقضاء الدين فإن اجتماع صفتى المستأجر والمشترى للعين المؤجرة فى شخص واحد تقوم به حالة اتحاد الذمة بالنسبة لعقد الإيجار فينقضى بها إلا إذا كان قد ترتب على الشراء حلول المشترى محل المؤجر فى هذا العقد بالذات لأنه بذلك تجتمع فى المشترى بالنسبة لهذا العقد صفتا المستأجر والمؤجر وإذ كان الثابت بالأوراق أن عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦٣/١١/١ الذى كان مورث الطاعنين يستأجر بموجبه أطيان التداعى من الحارس القضائى قد انتهى بعد قيام المورث بسحب العقد المذكور من الجمعية وإقراره بذلك على النحو الثابت بالشهادة المؤرخة ١٩٧٩/٤/٧ الصادرة من

الجمعية التعاونية الزراعية وأن الخبير المنتدب فى الدعوى خلص فى تقريره إلى أن عقد شراء المورث للأطيان محل التداعى المؤرخ ١٩٧٢/١/٢٠ لم يصدر من المالك الحقيقى ومن ثم تكون حالة اتحاد الذمة متوافرة ".

(طعنان رقما ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ ق ، ١٥٧ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

ولما كان انقضاء الدين باتحاد الذمة مبنى على استحالة المطالبة كما ذكرنا ، فإنه حيث لا يكون الأمر متعلقا بالمطالبة بالدين ، فإنه يعتبر قائما ، ومثال ذلك :

١- **حساب نصاب الوصية :** فإذا مات الدائن وورثه المدين ، وكانت قيمة الدين ألفا وخمسمائة جنيه . مثلا ، فإن الدين يعتبر منقضيا من ناحية المطالبة ، فلا يستطيع المدين ، وقد ورث الدين فأصبح دائنا ، أن يطالب به نفسه ولكن الذى يعتد به إذا ترك الدائن وصية ، وأريد معرفة ما إذا كانت الوصية لا تجاوز النصاب حتى تكون صحيحة . فيجب اعتبار الدين الذى انقضى باتحاد الذمة قائما فى حساب هذا النصاب . فلو كانت التركة بغير الدين ثلاثة آلاف، وجب لحساب الثلث الذى تجوز فيه الوصية أن تضاف قيمة الدين وهى ألف وخمسمائة إلى ثلاثة آلاف فيكون قيمة التركة كلها أربعة آلاف وخمسمائة ، ويكون ثلثها الجائز الإيصاء به هو ألف وخمسمائة.

أما إذا اعتبرنا الدين منقضيا باتحاد الذمة من جميع النـواحى ، وجب حساب قيمة التركة ثلاثـة آلاف لا أربعـة آلاف وخمسـائة ولكان ثلثها ألفا ، وليس ألفا وخمسمائة كما هو الحساب الصحيح[١].

٢- الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة الكفيل والدائن :

إذا اتحدت ذمة الكفيل والدائن ، فإن الكفالـة تنقضـى ويكـون للكفيل الرجوع على المدين بالدعوى التى كانت للدائن أو بـدعوى الحلول إن كان الكفيل قام بالوفاء قبل اتحاد الذمة . وإذا اتحدت ذمة الكفيل والمدين كما لو توفى المدين وورثـه الكفيـل كـان للـدائن الرجوع على تركة المدين أو على الكفيل ، أمـا إن مـات الكفيـل وورثه المدين ، كان للدائن الرجوع على تركـة الكفيـل أو علـى المدين .

الاعتداد بالدين عند اتحاد ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن:

إذا اتحدت ذمة أحد المدينين المتضامنين والدائن ، فـإن الـدين ينقضى بقدر حصة هذا المدين فيكون له الرجـوع علـى أى مـن المدينين المتضامنين وفقا للمادة ٢٨٨ مدنى . وكذلك إذا اتحدت ذمة المدين وأحد الدائنين المتضامنين ، فلا ينقضى الدين إلا بقدر حصة هذا الدائن ويكون لباقى الدائنين الرجوع على المدين بباقى الدين [٢].

---

(١) السنهورى ص ٨٥٠ – اسماعيل غانم ص ٤٢٨ .

(٢) السنهورى ص ٨٥٢ – المستشار أنور طلبه ص ٤٢٧ .

٢٧٥ـ زوال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة بأثر رجعى :

ذكرنا سلفا أن اتحاد الذمة ليس فى حقيقته سببا من أسباب الانقضاء ، وإنما هو مانع يحول دون المطالبة بالحق ، لأن اجتماع صفتى الدائن والمدين فى ذات الشخص يحول دون إمكان مطالبة الشخص لنفسه . وعلى ذلك إذا زال السبب الذى أدى إلى اتحاد الذمة بأثر رجعى ، فإن المانع يزول أيضا ويعود الالتزام بما يتبعه من ملحقات .

ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن .

مثال ذلك أن يحول حق متنازع فيه فيسترده المدين ويتحقق اتحاد الذمة بذلك ، ثم يحكم بإبطال الحوالة لاستغلال وقع على المحيل مثلا ، فيترتب على ذلك زوال اتحاد الذمة بأثر رجعى .

ومن أمثلة ذلك ما يأتى :

أن يوصى دائن لمدينه بمقتضى وصية قابلة للإبطال ، فإن إبطال هذه الوصية يعيد الدين الموصى به إلى الوجود .

٢- إذا نزع الدائن المرتهن المتأخر ملكية العقار المرهون من الحائز الذى وفى الدائن المتقدم وحل محله فيه ، فإن رهن الحائز يعود إلى الظهور ويستوفى المشترى قيمة الرهن من ثمن العقار مقدما على الدائن المتأخر [١].

---

(١) عبدالمنعم الصده ص ١٤٦ - اسماعيل غانم ص ٤٢٨ .

٣- إذا انتهى عقد الإيجار باتحاد الذمة لشراء المستأجر العين المؤجرة ، ثم قضى بفسخ أو بطلان عقد البيع الذى اشترى المستأجر بموجبه العين المؤجرة ، فإنه يكون للفسخ أو البطلان أثر رجعى ، ويترتب عليه عودة المؤجر والمستأجر إلى مركزهما القانونى السابق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويتفرع على ذلك أنه إذا زال السبب الذى أفضى إلى اتحاد الذمة زوالا مستندا ، سقط المانع، وعاد الالتزام إلى الوجود بما يتبعه من الملحقات . فلو فرض أن دائنا أوصى لمدينه بماله فى ذمته بمقتضى وصية قابلة للبطلان ، فإبطال هذه الوصية يعيد الدين الموصى به إلى الوجود بعد أن انقطع حق المطالبة به على سبيل التوقيت "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " مؤدى النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت معه الذمة وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان لزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٣ .

الذمة كأن لم يكن وأن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه العين حل محل المؤجر فاجتمعت له صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الإيجار باتحاد الذمة بما لازمه أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعي وعودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد عملا بالمادة ١٦٠ من القانون المدنى أن تعود العلاقة الإيجارية التى كانت قائمة بينهما قبل انعقاد عقد البيع بحيث يعود المشترى مستأجرا والبائع مؤجرا لاستعادته صفة المالك ، أى تترتب التزامات عقد الإيجار بمقوماته الأصلية بينهما ".

(طعنان رقما ٢٦٨٩ ، ٢٦٠٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٢/١/٢٩)

٢- " مؤدى النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت معه الذمة وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة وكان نزواله أثر رجعى عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن وأن شراء المستأجر العين المؤجرة من المؤجر وانتقال الملكية إليه هو صورة من صور انتهاء الإيجار باتحاد الذمة وذلك بمجرد وقوع البيع ذلك لأن المستأجر بشرائه

العين حل محل المؤجر فاجتمعت له صفتا المؤجر والمستأجر مما مؤداه انقضاء عقد الإيجار باتحاد الذمة بما لازمه بما أنه بزوال سبب اتحاد الذمة كالقضاء بفسخ عقد البيع وبما للحكم بالفسخ من أثر رجعى وعودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بالمادة ١٦٠ من القانون المدنى تعود العلاقة الإيجارية التى كانت قائمة بينهما قبل انعقاد البيع بحيث يعود المشترى مستأجرا والبائع مؤجرا لاستعادته صفة المالك ، أى تترتب التزامات عقد الإيجار بمقوماته الأصلية بينهما ".

(طعنان رقما ٣٧٤٠ لسنة ٥٩ ق ،١٥٧ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٤/٧)

٣- " مؤدى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى أنه إذا اجتمعت صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد فى ذات الشخص انقضى الدين لاتحاد الذمة وبالقدر الذى اتحدت فيه فإذا زال بأثر رجعي سبب هذا الاتحاد اعتبر كأن لم يكن وعاد الدين بملحقاته إلى الوجود ".

(طعنان رقما ٥٨٧٠، ٧٢٥١ لسنة٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١٢)

٤- " النص فى المادة ٣٧٠ من القانون المدنى على أنه "(١) إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لدين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة .(٢) وإذا زال السبب الذى أدى لاتحاد الذمة ، وكان لزواله أثر رجعى ، عاد

الدين إلى الوجود وهو وملحقاته بالنسبة إلى ذوى الشأن جميعـاً .
ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن " . يدل وعلى ما أفصـحت عنـه
الأعمال التحضيرية للقانون المدنى على أن اتحاد الذمة لـيس فـى
الحقيقة سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعى يحـول
دون المطالبة به من جراء اتحاد صفة الـدائن والمـدين فـى ذات
الشخص، فإذا زال هذا المانع عاد الالتزام إلى الوجود مرة أخرى".

(طعن رقم ٦٦٩ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢)

١ـ الإبـــراء
مــادة (٣٧١)

ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويــتم الإبــراء متى وصل إلى علم المدين ، ويرتد برده .

الشــرح

٢٧٦ـ تعريف الإبراء وطبيعته :

الإبراء هو نزول الدائن عن حقه للمدين بدون مقابل .

ويتميز الإبراء بأنه عمل من أعمــال التبــرع ، لأن الــدائن لا يتقاضى مقابلا للإبراء من المدين يؤيد هذا ما تنص عليــه المــادة ٣٧٢ مدنى فى فقرتها الأولى من أنه : " يســرى علــى الإبــراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع " .

ومع ذلك فقد ذهب البعض من الشراح إلى أن الإبراء قد يكون من المعاوضات ،.وذلك فى حالة ما إذا تلقى الدائن شيئا فى مقابــل النزول عن حقه . ولكن هذا النظر خاطئ فحيث يتم نزول الــدائن عن حقه بمقابل لا نكون أمام إبراء بل نكون أمام وفاء بمقابــل أو تجديد للدين بتغيير المحل أو مقاصة ، حسب مــا إذا كــان مقابــل النزول شيئا آخر تم الوفاء به أو تعهدا من المدين بالوفاء به أو دينا فى ذمته . فالإبراء إذن هو عمل من أعمال التبــرع فــى جميــع الأحوال . ولذلك وجب لقيامه أن ينتفى المقابل . ويجب أيضــا أن

يتم النزول بقصد التبرع . فإذا انتفى هذا القصد ، لم يكن ثمة إبراء بالمعنى القانونى ، ولذلك فإن الصلح مع المدين المفلس الذى يتضمن نزولا من الدائنين عن جزء من حقوقهم لدى المفلس لا يعتبر إبراء . ذلك أن هذا النزول لم يتم بقصد التبرع ، وإنما وقع بقصد تمكين المدين من أن يوفى بالجزء الباقى من الدين الذى لم يكن محل النزول [١].

٢٧٧ـ الإبراء تصرف قانونى يتم بالإرادة المنفردة :

الإبراء تصرف قانونى يتم بإرادة الدائن المنفردة . فلا يشترط لحصول الإبراء اتفاق الدائن والمدين بل هو يتم بإرادة الدائن وحدها . وذلك عكس الحال فى التقنين المدنى القديم حيث كان الإبراء اتفاقا لا يتم إلا برضاء المدين .

ولما كان الإبراء تعبيرا عن الإرادة موجها إلى المدين ، فإنه يجب تطبيق القاعدة العامة التى نصت عليها المادة (٩١) مدنى . فلا يترتب على الإبراء انقضاء الالتزام إلا متى وصل إلى علم المدين .

غير أن المشرع لم يشأ أن يهمل إرادة المدين إهمالا تاما ، إذ من الأشخاص من لايرضون لكرامتهم أن يتفضل عليهم [٢] غيرهم . لذلك نصت المادة على أن الإبراء ، رغم أنه يعتبر تاما متى وصل

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤١٤ ومابعدها .
(٢) اسماعيل غانم ص ٤٢٩ .

إلى علم المدين يرتد برده – وقد استمد التقنين المدنى الجديد هـذا التكييف الجديد للإبراء من الفقه الإسلامى والذى فيه يـتم الإبـراء بإرادة الدائن وحده دون حاجة إلى إرادة المدين ويرتد برده .

ومتى كان الإبراء يتم بإرادة الدائن وحده ، فإنه لاينتج أثره إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه (المدين) ويقـوم الوصول قرينة على العلم ما لم يثبت المدين عكس ذلك .

ومتى أنتج تعبير الدائن عن إرادته فى هذا الشأن أثره . لم يعد باستطاعة الدائن بعد ذلك أن يعدل عنه . وإذا مات الـدائن أو فقـد أهليته، فإن ذلك لايمنع من تمام الإبراء متى وصل إلى علم المدين ، وذلك استنادا إلى المبدأ القائل باستقلال التعبير عمن أصدره فـور صدوره .

وإذا رد المدين هذا الإبراء فإنه بذلك يفقر نفسـه ، ويجـب أن يتوافر لديه حتى يكون الرد صحيحا أهلية التبرع [١]. ولدائنى هـذا

---

(١) وحال مناقشة المادة فى لجنة المراجعة اقترح معالى السـنهورى باشـا إبدال عبارة " ولم يعترض عليه " بعبارة " يرتد برده " فوافقت اللجنـة على ذلك . وذكر معالى السنهورى باشا أن هذا النص مقصود بـه أن يقع الإبراء بإرادة منفردة أخذا بأحكام الشرعية الإسلامية وفيهـا يـتم الإبراء بإرادة الدائن وحده ويرتد بالرد من المدين ويعتبر الرد بمنزلـة التبرع فلا يقبل ممن لا تتوافر فيه أهلية التبرع ، وأصبح نص المـادة كما يأتى : " ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً . ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد برده " .
(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٥) .

المدين أن يطعنوا فى رده عن طريق الدعوى البوليصية متى توافرت شروطها [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتم الإبراء فى أحكام المشروع بإرادة منفردة ، وفقا لما تقضى به الشريعة الإسلامية ، ويستكمل حكمه متى وصل إلى علم المدين ولم يعترض عليه (أنظر المادة ٣٥٣ من التقنين التونسى) [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد نفت عن الإقرار (بالتنازل عن الأجرة) وجود الغلط الجوهرى المدعى به بما استخلصته من الوقائع التى أوردتها ولها أصلها فى الأوراق من أن الطاعن (المؤجر) كان يعلم وقت صدور الإقرار منه بحقيقة التلف الذى أصاب زراعة المطعون ضدهما (المستأجرين) والذى يدعى الطاعن أنه وقع فى غلط فى شأنه معتقدا أنه يرجع إلى ظروف غير متوقعة ومستحيلة الدفع ، فإنه لا سبيل لمحكمة النقض عليها فى ذلك لأن استخلاص توافر هذا العلم أو عدم توافره من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦)

---

(١) محمد على عمران ص ٢٦٤ ومابعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٥ .

مـــادة (٣٧٢)

١- يسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع .

٢- ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان .

الشـــرح

٢٧٨ـ الشروط الموضوعية للإبراء :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أن : " يسرى على الإبـــراء الأحكام الموضوعية التى تسرى على كل تبرع " .

فالإبراء - كما قدمنا - تصرف تبرعى ، ومن ثم فإنه يجب أن يتوافر لدى الدائن الأهلية اللازمة للتبرع ، فلا يصح الإبراء إلا إذا كان الدائن كامل الأهلية ، وغير محجور عليه لجنـــون أو عتـــه أو سفه أو غفلة .

ويجب فضلا عن ذلك أن تكون إرادة الدائن غير معيبـــة بـــأى عيب من عيوب الإرادة كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وإلا كان الإبراء قابلا للإبطال . وأكثر ما يشوب إرادة الدائن من عيوب هو الإكراه .

ولهذا عنيت المادة ٣٧١ بالنص عليه صراحة بقولها : " ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا .. " . فإذا كان الـــدائن غيـــر

مختار بأن كان مكرها كان الإبراء قابلا للإبطال تطبيقـا للقواعـد العامة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يعتبر الإبراء فيما يتعلق بالأحكـام الموضـوعية (كالأهليـة والدعوى البوليصية تبرعا .... الخ " [٢].

ويصح الطعن بالإبراء بالدعوى البوليصية ولو كان من صـدر له الإبراء حسن النية ، ولو ثبت أن الدائن المبرئ لم يرتكب غشـا (م٢٣٨/٢ مدنى) والإبراء الصادر فى مرض الموت تسرى عليه أحكام الوصية (م٩١٦/١ مدنى) . والرجوع فى الإبـراء تنطبـق عليه أحكام الرجوع فى الهبة (م٥٠٠ مدنى ومابعدها) [٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت محكمة الموضوع قد نفت عن الإقرار (بالتنازل عن الأجرة) وجود الغلط الجوهرى المدعى به بمـا استخلصـته مـن الوقائع التى أوردتها ولها أصلها فـى الأوراق مـن أن الطـاعن

---

(١) محمد على عمران ص ٢٦٦ – وحال مناقشة المـادة بلجنـة القـانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت فوافقت عليها اللجنة على أن يكون المفهوم من كلمة " مختارا " ألا يكون فى الإبراء مظنة الغش أو الإكـراه لأن الاختيار فى الإبراء هو العنصر البارز (محضـر الجلسـة السادسـة والعشرين مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٢٩٦ .

(٣) عبد المنعم الصده ص ١٤٧ ومابعدها .

(المؤجر) كان يعلم وقت صدور الإقرار منه بحقيقة التلف الذى أصاب زراعة المطعون ضدهما (المستأجرين) والذى يدعى الطاعن أنه وقع فى غلط فى شأنه معتقدا أنه يرجع إلى ظروف غير متوقعة ومستحيلة الدفع، فإنه لا سبيل لمحكمة النقض عليها فى ذلك لأن استخلاص توافر هذا العلم أو عدم توافره من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع ".

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم بإبطال التنازل الصادر من شخص إلى آخر عن ديونه قبل الغير هو موضوع غير قابل للتجزئة بالنسبة لطرفى التنازل فإذا طعن فى هذا الحكم ولم يختصم المتنازل كان الطعن غير مقبول إذ لايستقيم أن يكون التنازل صحيحا بالنسبة لأحد طرفيه وباطلا بالنسبة للطرف الآخر " .

(طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/١/٨)

٢٧٩ـ الشروط الشكلية للإبراء :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان ".

وعلى ذلك فإنه لا يشترط فى الإبراء توافر شكل خاص . فالإبراء تصرف قانونى يتم بإرادة الدائن وحده . ولا يشترط شكل

خاص فى إرادة الدائن حتى لو وقع الإبراء على التـزام مصـدره عقدى ، ولو وقع على التزام يشترط لقيامه تـوافر شـكل فرضـه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان . مثال ذلك أن يبرئ الموهوب لـه وهو دائن بمقتضى الهبة ، الواهب وهو المدين من التزامه الناشـئ عن عقد الهبة ، فرغم أن الرسمية ركن فى الهبة ، لا يشترط شكل خاص فى الإبراء الصادر من الموهوب له [١].

فالإبراء يعتبر هبة غير مباشرة ، ومن ثم لا يشترط فيه الشكل الذى يجب توافره فى الهبة المباشرة [٢].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يعتبر الإبراء فيما يتعلق بالأحكـام الموضـوعية (كالأهليـة والدعوى البولصية) تبرعا . أما من حيث الشكل فلا يشترط فيـه وضع خاص ، حتى لو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شروط شكلية معينة "[٣].

٢٨٠- آثار الإبراء :

يترتب على الإبراء انقضاء التزام المدين وانقضاء كافة تأميناته تبعا له ، سواء كانت تأمينات عينية أم شخصية .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣٠ .
(٢) محمد على عمران ص ٢٦٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٤١٦ .
(٣) السنهورى ص ٨٧١ – اسماعيل غانم ص ٤٣١ .

وإذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فإن ذمة المدينين الآخرين لا تبرأ إلا إذا صرح الدائن بذلك . فإذا لم يصرح الدائن ببراءة هؤلاء الآخرين ، فلا يكون له أن يطالبهم إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذى أبرئ ، إلا إذا احتفظ بحقه فى الرجوع عليهم بكل الدين ، وحينئذ يكون لهم أن يرجعوا على المدين الذى أبرئ بحصته فى الدين (م٢٨٩ مدنى)[١] . وقد سبق أن ذكرنا أساس هذا الحل حين تناولنا التضامن .

ومتى صدر الإبراء من الدائن فإنه ينشئ مركزا ثابتا ، ولا يتقادم أبدا ، ويحق للمدين (المتنازل إليه) أن يطلب فى أى وقت الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها إبطال ما اتخذه الدائن المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله[٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التنازل الذى يتضمن إبراء الدائن مدينه من التزام ما إنما هو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزامات ، وإذا كان التقادم المسقط هو وسيلة أخرى من انقضاء الالتزام دون الوفاء به ، فإنه لا يمكن أن يرد على مثل هذا التنازل ، ومن ثم فإنه متى صدر التنازل نهائيا فإنه ينشئ مركزا قانونيا ثابتا ولا يتقادم أبدا ويحق للمتنازل

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٤٨ .

(٢) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٤٨٩ .

إليه أن يطلب فى أى وقت إعمال الآثار القانونية لهذا التنازل ومن بينها إبطال ما اتخذه المتنازل من إجراءات بالمخالفة لتنازله " .

(طعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨)

٢- " متى كانت عبارات الإقرار صريحة وقاطعة فى الدلالة على أن التنازل الذى تضمنه هو تنازل نهائى عن الأجرة المطالب بها فى الدعوى وليس مقصورا على الحق فى السير فيها فإن مقتضى هذا التنازل سقوط حق المقر نهائيا فى المطالبة بتلك الأجرة بأى طريق وبالتالى فكل دعوى يرفعها بالمطالبة بهذه الأجرة تكون خليقة بالرفض إذ لا يجوز له أن يعود فيما أسقط حقه فيه " .

(طعن رقم ٤١٣ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١٦)

٢٨١ـ إثبات الإبراء :

يقع عبء إثبات الإبراء على الدائن إذا ادعى إبراء المدين له .

ولما كان الإبراء تصرفا قانونيا ، فهو يخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . فهو يثبت بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا تجاوزت قيمة الدين خمسمائة جنيه .

وكانت المادة (٢١٠) من القانون المدنى القديم تنص على أن التسليم الاختيارى للسند الأصلى الذى كان بحوزة الدائن يفترض معه حصول الإبراء إلى أن يثبت العكس . والواقع أن تسليم السند

كما يكون قرينة على الإبراء يمكن أن يكون قرينة علـــى الوفـــاء . ويحسن أن تترك هذه القرينة لتقدير القضاء . ولذلك فقـد أغفلهــا التقنين المدنى الجديد [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الالتزام ينقضى بنص المادة ٣٧١ من القانون المدنى إذا أبرأ الدائن مدينه مختارا وكان الطاعن قد تمسك أمــام محكمــة الموضوع بدلاله المحرر المقدم من المطعون ضده والمــؤرخ.... والمعنون بعبارة – اتفاق استلام مبالغ وتخالص – والذى تضمن أن المطعون ضده استوفى من الطاعن واستلم المطعون ضده التوكيلات التى أصدرها وأصبح الطاعن مكلف بأى عمل يتعلق بهــا ، ممــا مفاده أن المطعون ضده قد أبرأه من أداء ما التزم به فــى الاتفــاق المؤرخ ... من أداء أجرة الأرض الزراعية حتى لو لــم يحصــلها فاطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وأقام قضاءه علـــى مجــرد القول بأن العقد المبرم بين الطرفين والمؤرخ ... قد ألزم الطــاعن بأداء الأجرة ولو لم يحصلها الطاعن ولم يعمل أثر الاتفاق اللاحــق فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق ".

(طعن رقم ٣١٦٩ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٣/١/١٢)

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤١٧ .

٢ـ استحالة التنفيذ

مــادة (٣٧٣)

ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه .

الشرح

٢٨٢ـ المقصود بانقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه :

ينقضى الالتزام باستحالة تنفيذ الالتزام بسبب لا يد للمدين فيه ، مما يترتب عليه براءة ذمة المدين منه ذلك أن الالتزام قد استحال تنفيذه ، فمن الطبيعى أن ينقضى ولا يلتزم المدين بتنفيذه تنفيذا عينيا ، إذ لا التزام بمستحيل .

ومادام أن المدين لم يخطئ – حيث إن الاستحالة لا ترجع إلى فعله – فلا يلتزم بالتعويض . فالاستحالة إذن تنهى الالتزام ، فهى تسقطه ، فلا ينفذ لا تنفيذ عينيا ولا عن طريق التعويض .

٢٨٣ـ شروط انقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه :

يلزم لانقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون الوفاء بالالتزام قد أصبح مستحيلا :

يشترط أن يكون الوفاء بالالتزام قد أصبح مستحيلا . والمقصود هنا الاستحالة المطلقة التى تجعل من غير المقدور بالنسبة للمدين أو غيره أن يقوم بالالتزام [١].

---

(١) مصطفى عدوى ومحمد محى الدين سليم ص ٤٩١ .

ولكنه لا يكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا مادام ممكنا ، والالتزام المرهق تحكمه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى التى تجرى على أنه : " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " .

• يشترط أن تكون الاستحالة قد طرأت بعد نشوء الالتزام . فإذا كانت الاستحالة موجودة من قبل نشوئه ، فإن الالتزام لا ينشأ أصلا، لأن الالتزام لا ينشأ إذا كان محله مستحيلا منذ البداية ، إذ يبطل العقد لاستحالة المحل[١] .

والاستحالة الطارئة قد تكون استحالة مادية، مثل هلاك الشئ المعين بذاته أو فقدة أو مرض منع المدين من تنفيذ التزامه كلوحة يرسمها فنان أو عملية جراحية يجريها طبيب مشهور ، أو استحالة قانونية كنزع ملكية العقار الذى التزم المدين بنقل ملكيته أو تحريم السلطات الاتجار أو التعامل فى نوع من الأموال أو وضعها بعض المواد تحت نظام التقنين والرقابة[٢] .

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٩٥ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٠ .
(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٠ – محمد على عمران ص ٢٦٧ .

والالتزام بنقل حق عينى إذا وقع على عين معينة بالذات يصبح تنفيذه مستحيلا إذا هلك هذا الشئ أوتلف تلفا يجعله فىحكم الهالك ، أو فقد بحيث لا يمكن معرفة مكانه . وإذا وقع الالتزام علــى شــئ غير معين إلا بنوعه ومقداره فإن من الصعب تصور استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، لأن الشئ غير المعين بالذات يوجد بجنسه والجــنس لاينعدم ، ومع ذلك فقد يقع فى بعض الأحوال الاستثنائية أن يتعــذر التنفيذ كما إذا كان المدين ملتزما بتوريد أزهار نادرة أو شئ بطــل صنعه فلم يستطع العثور على ما التزم به . والالتزام بعمل كالتزام المصور برسم صورة يصبح تنفيذه مستحيلا إذا أصيب الفنان بفقــد بصره أو بتر يده فلم يعد قادرا على الرسم .

وكون الاستحالة مادية مما يخضع لتقدير القاضى بــلا معقــب عليه فى ذلك من محكمة النقض .

أما الاستحالة القانونية فتخضع لرقابة محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية، فإن البحث فى توافرها يعد من مسائل القانون التى تخضع لرقابــة محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

الشرط الثانى :

أن تكون الاستحالة دائمة :

يشترط أن تكون الاستحالة دائمة ، أما الاستحالة المؤقتــة فــلا يترتب عليها انقضاء الالتزام وإنما مجرد وقف تنفيذه بحيث إذا زال

الحادث الطارئ الذى أدى إلى هذه الاستحالة ، يعود الالتزام واجب التنفيذ [١].

الشرط الثالث :

أن ترجع الاستحالة إلى سبب أجنبى :

يشترط أن ترجع الاستحالة فى تنفيذ الالتزام إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه .

فإذا كانت الاستحالة راجعة إلى حطأ المدين لم ينقض الالتزام. ولكن لما كان تنفيذه العينى أصبح مستحيلا وجب تنفيذه عن طريق التعويض .

والسبب الأجنبى – كما رأينا فى موضعه من الموسوعة – هو القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو خطأ الدائن أو فعل شخص أجنبى وقد يرجع السبب الأجنبى إلى خطأ المدين ، كما إذا كانت العين التى التزم بها قد احترقت أو سرقت وكان ذلك مصحوبا بتقصير من المدين. فلا يعتد فى هذه الحالة بالسبب الأجنبى ، بل تعتبر استحالة التنفيذ راجعة إلى خطأ المدين .

وقد يظل المدين مسئولا عن تنفيذ التزامه بطريق التعويض ولو استحال التنفيذ بسبب أجنبى ، وذلك فى حالة ما إذا اتفق على التشديد فى أحكام المسئولية التعاقدية بتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م٢١٧ مدنى) [٢].

---

(١) السنهورى ص ٨٧٩- محمد لبيب شنب ص ٣٩٦ .

(٢) اسماعيل غانم ص ٤٣١ - عبد المنعم البدراوى ص ٤٢١ .

وإذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ولكن الدائن قد أعذر المدين قبل استحالة التنفيذ فإن الإعذار يجعل المدين مسئولا عن استحالة التنفيذ كما لو كانت هذه الاستحالة ترجع إلى خطأه . فلا ينقضى الالتزام بل يتحول محله إلى تعويض عملا بالمادة ٢٠٧ مدنى .

على أن الالتزام ينقضى حتى لو كان المدين قد أعذر قبل استحالة التنفيذ ، إذا أثبت أن الشئ كان يهلك كذلك عند الدائن لو أنه سلم إليه (م ٢/٢٠٧ مدنى) .

ويتحمل المدين إثبات السبب الأجنبى .

وتقرير ما إذا كان الاستحالة من جراء سبب أجنبى من عدمه مما يخضع لتقدير قاضى الموضوع . إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان الحكم بعد أن استظهر الشروط الواجب توافرها لاعتبار الحادث قوة قاهرة قرر أن صدور الأمر الإدارى الواجب التنفيذ هو القرار الوزارى رقم ١٠ الصادر فى ٨ من يناير سنة ١٩٤١ بالاستيلاء على الشركة المطعون عليها وجميع موجوداتها وأموالها هو الذى حال دون وفائها بالأجرة المستحقة عليها فى المدة التى استولت فيها السلطة العسكرية البريطانية على جميع مصانعها وأموالها بمقتضى الأمر العسكرى رقم ١٥٩ الصادر فى ١٥ من يوليو سنة ١٩٤١ ، واعتبر هذا الحادث عملا من أعمال

السلطان التى لها حكم القوة القاهرة ، وأنه من شأن هذا الأمر جعل وفاء الشركة بالتزاماتها مستحيلا وليس مرهقا أو عسيرا فحسب للاعتبارات المسوغة التى ساقها ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه القصور " .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)

٢- (أ)- " المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة بطروء حالة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أوالتحرز منه ".

٣- " إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه " .

(طعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

٤- " يشترط فى القوة القاهرة التى ينقضى بها التزام المدين أن تكون أمرا لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه ، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة . وإذ كان الحكم قد استخلص عدم استحالة تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد مما أورده فى أسبابه

من أن القانون رقم ٢١٢ سنة ١٩٦٠ لم يقض بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية ، وإنما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد لديها من هذه المواد ، وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف فى أموالهم الأخرى دون قيد ، فإن ذلك يكون استخلاصا سائغا ولا مخالفة فيه للقانون ".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠)

٥- " من مقتضى القواعد العامة فى القانون المدنى أن الالتزام ينقضى إذا أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه، وأنه فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ، ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على العامل، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل، إلا أنه لا مانع يمنع من اتفاق طرفى العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه فى فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل فى عمله تنفيذا لهذا العقد .

(طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥)

٦- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه ، وإذ كان الحكم

المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المبانى بمحافظة بورسعيد الذى صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المبانى القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشترى فى الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس فى القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المبانى المقامة عليها ودون تسليمها ".

(طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢)

٧- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر سببا أجنبيا ينقضى به الالتزام وتنتفى به المسئولية إلا أن ذلك مشروط بأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله ".

٨ - " لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقيام السبب الأجنبى على مجرد قوله " وتخلص المحكمة من الملابسات والظروف المحيطة بالواقعة أن الحريق اندلع فجأة بالسيارة وهو سبب أجنبى لا يد لأمين النقل فيه ، ولم يستطع هو وصاحب الأثاث

دفعه أو توقيه وبذلك تنتفى المسئولية .. " دون أن يبين سنده الذى أقام عليه هذه النتيجة ، فإنه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ١١٦٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)

٩- " الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه أن الطاعن تمسك فى دفاعه بأن تخلفه عن تنفيذ التزامه يعزى إلى فرض الحراسة عليه وغل يده عن الإدارة وهو دفاع جوهرى قد يتغير بتحققه وجه الرأى فى الدعوى باعتباره سببا أجنبيا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وإذ لم يرد الحكم على هذا الدفاع فإنه يكون مشوبا بالقصور " .

(طعون رقم ١٤٩٨ ، ١٤٧٤ ، ١٥٢١ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/٣/٢٥)

١٠- " تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى يملكه قاضى الموضوع فى حدود سلطته التقديرية فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم إمكان الحصول على إذن استيراد لشحن البضاعة إلى مصر فنص صراحة فيه على أنه إذا لم يحصل الطاعن على الإذن فى الموعد المتفق عليه تباع البضاعة فى الخرطوم لحسابه ، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على إذن الاستيراد ، فإن الحكم إذ اعتمد هذا المعنى الذى تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٥٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢)

٢٨٤ـ آثار استحالة التنفيذ :

أهم أثر لاستحالة التنفيذ بغير خطأ المدين هو انقضاء الالتـــزام بتوابعه وخاصة تنقضى جميع التأمينات العينية والشخصـــية التـــى كانت تكفله فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد ، فإن الدائن هو الذى يتحمل تبعة هذا الانقضاء . ذلـــك لأن الالتـــزام ينقضـــى دون أن يستوفى الدائن حقه لا عينا ولا بمقابل (التعويض) .

أما إذا كان العقد ملزما للجانبين وانقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقـــاء نفســـه (م١٥٩) ، وذلك يعنى أن المدين فى الالتزام الذى استحال تنفيذه هو الذى يتحمل تبعة الاستحالة فى حين أنها تكون على عاتق الدائن فى العقود الملزمة لجانب واحد [١].

أما إذا كان الشئ مؤمنا عليه فاستحق المدين مبلغ التـــأمين ، أو هلك الشئ بفعل أجنبى فاستحق المدين تعويضا ، وجب على المدين أن ينقل إلى الدائن حقه فى مبلغ التأمين أو حقه فى التعويض ، بل إنه إذا كان الهلاك جزئيا التزم المدين أن يسلم ما بقى من الشئ[٢].

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى يتضمن هذا الأحكام فى المادة ٢٨٣ منه ، ولكن لجنة المراجعة حذفتها لأن الحكـــم الـــوارد فيها تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد القواعد العامة [٣].

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣٢ – عبد المنعم حسنى ص ٢٥٦ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٥١٩ هامش رقم (١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا أثبت المدين أن الوفاء بالالتزام أصبح مستحيلا من جــراء سبب لا يد له فيه (كالهلاك بحادث جبرى) برئت ذمته منه مــن طريق الانقضاء . ويراعى أن الانقضاء فى هــذه الصــورة حــتم تقتضيه طبيعة الأشياء كما تقدم بيان ذلك عند بسط أحكــام المــادة ٢٩٣ من المشروع "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " قيام القوة القاهرة لا يكون من شأنه إهدار التحكيم المتفق عليه وإنما كل ما يترتب عليه هو وقف ســريان الميعــاد المحــدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعاد محدد ".

(طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٧)

٢- "لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ الصادر استنادا إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحــة إجــراءات وزارة الأوقاف والذى ناط بالهيئة القضائية للوزارة القيــام بجميــع الإجراءات القانونية فى القضايا التى ترفع منها أو عليها ، مــن أن تعهد تلك الوزارة إلى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال ومن ثم فليس فى أيلولة النظر على الوقف إلى وزارة الأوقــاف ، بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ ، ومــا يتبــع ذلــك مــن اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية ، مــا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جــ٣ ص ٢٩٩ .

يعتبر فى (حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدنى) ، قوة قاهرة يستحيل معها على المحامى المتعاقد مع الوقف .... مـن قبـل .... القيـام بالتزامه حتى يمكن القول .... تبعا لـذلك .... بانقضـاء التـزام الوزارة المقابل بالوفاء بالأجر إعمالا للمـادة ١٥٩ مـن القـانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

٣- (أ)- " عقد نقل الأشياء يلقى على عـاتق الناقـل التزامـا بضمان الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه وهذا الالتـزام هو التزام بتحقيق غاية فإذا تلفت هذه الأشياء أو هلكت فإنه يكفى أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا إثباتا لعدم قيـام الناقل بالتزامه فتقوم مسئوليته عن هذا الضرر بغيـر حاجـة إلـى إثبات وقوع خطأ من جانبه ولا ترتفع هذه المسئولية إلا إذا أثبـت هو أن التلف أو الهلاك نشأ عن عيب فى ذات الأشياء المنقولـة أو بسبب قوة قاهرة أو خطأ من الغير .

(ب)- " يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعـه واستحالة دفعه فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحـادث صفة القوة القاهرة - ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقـا للمألوف من الأمور بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسـات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قـد علـم بهـذه

الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقا لا نسبيا فالمعيار فى هذه الحالة موضوعى لا ذاتى . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص بأسباب سائغة أن الانخفاض فى منسوب النهر الذى وصفه الطاعن " الناقل " بأنه قوة قاهرة كان فى الإمكان توقعه لأنه لم يكن فجائيا وإنما كان تدريجيا وظهرت بوادره قبل يوم الحادث فإن ما سجله الحكم عن إمكان توقع الانخفاض فى منسوب النهر يكفى بذاته لنفى وصف القوة القاهرة عنه " .

(طعن رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٩)

٤- " يشترط فى القوة القاهرة التى ينقضى بها التزام المدين أن يكون أمرا لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه ، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة ، وإذ كان الحكم قد استخلص عدم استحالة تنفيذ التزام الشركة بدفع الفوائد مما أورده فى أسبابه من أن القانون رقم ٢١٢ سنة ١٩٦٠ لم يقض بتأميم مخازن الأدوية والمستلزمات الطبية ، وإنما قرر الاستيلاء فقط على ما يوجد لديها من هذه المواد ، وترك لأصحاب هذه المخازن حق التصرف فى أموالهم الأخرى دون قيد ، فإن ذلك يكون استخلاصا سائغا ولا مخالفة فيه للقانون ".

(طعن رقم ١٤٥ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/١٠)

٥- " تعتبر القوة القاهرة من الظروف الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وينقضى بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام ، فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة ، فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعة عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه ، لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن العقد قد حددت به الفترة التى تعهد الطاعن الأول بتوريد كميات الكتان المتعاقد عليها وتبدأ من يوليو سنة ١٩٦٥ حتى يناير ١٩٦٦ وكان المشرع لم يتدخل الحد من تداول محصول الكتان وتحديد أسعاره إلا فى ١٩٦٦/٤/٢٧ حيث أصدر وزير التموين والتجارة الداخلية القرار رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٦ الذى عمل به من تاريخ نشره فى الوقائع المصرية بتاريخ ١٩٦٦/٤/٢٧ ، فإن الحكم المطعون فيه إذ اطرح دفاع الطاعن الأول استنادا إلى أن نظام التسويق التعاونى للكتان قد طبق بعد انقضاء المدة المحددة لتنفيذ العقد ، يكون قد انتهى صحيحا فى القانون " .

(طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٦٦/١١/٢٧)

٦- " من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالإستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن قرار لجنة مراجعة المبانى بمحافظة بورسعيد

الذى صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، لما كان ذلك وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى إلى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المبانى القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية إلى المشترى فى الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التى تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس فى القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة إلى مشتريها دون المبانى المقامة عليها ودون تسليمها".

(طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢)

غير أن القاعدة التى تقضى بانقضاء الالتزام باستحالة تنفيذه لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وبصفة خاصة يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م ١/١٢٧ مدنى) .

ولا يعنى ذلك أن يلتزم المدين بتنفيذ الالتزام ولو استحال ، إذ أن ذلك غير ممكن ، وإنما يترتب على هذا الاتفاق أن يلتزم المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذى لحقه بسبب استحالة التنفيذ رغم عدم وجود خطأ فى جانبه [1].

---

(١) محمد لبيب شنب ص ٣٩٧ ومابعدها .

٣ـ التقادم المسقط

مــادة (٣٧٤)

يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة ، فيما عدا الحــالات التى ورد عنها نص خاص فى القانون ، وفيما عدا الاســتثناءات التالية .

الشــــرح

٢٨٥ـ التقادم المسقط والتقادم المكسب :

التقادم المسقط عبارة من مضى مدة معنية على استحقاق الدين ، دون أن يطالب الدائن به .

أما التقادم المكسب فيقترن بالحيازة دائما ويكسب الحائز ما حازه من حقوق عينية بعد أن تستمر حيازته لها مدة التقادم .

والتقادم المسقط لا يتمسك به إلا عن طريق الدفع ، فــإذا رفــع صاحب الحق الذى سقط بالتقادم دعواه أمكن المدعى عليه أن يدفع هده الدعاوى بالتقادم المسقط . أما التقادم المكسب فيتمسك به طريق الدفع وعن طريق الدعوى على السواء .

والتقادم المكسب يعتد فيه بحسن النية إذ الحائز حسن النية يملك الحق فى مدة أقصر من المدة التى يملكه فيها الحائز سئ النية. أما فى التقادم المسقط فلا يعتد بحسن النية ، والمدة التى يحددها القانون لسقوط الحق تقصر أو تطول تبعا لطبيعة هذا الحق ، لا تبعا لثبوت حسن النية أو انتفائه .

على أن كلا من التقادم المسقط والتقادم المكسب يخضع لقواعد واحدة فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به[١].

التقادم المسقط :

٢٨٦- القاعدة أن مدة التقادم خمس عشرة سنة :

التقادم المسقط هو سبب من أسباب انقضاء الالتزام ، وهو عبارة عن مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب الدائن به والأصل أن مدة التقادم خمس عشرة سنة ميلادية .

فقد أبقى القانون المدنى الجديد على مدة التقادم التى كانت سارية فى ظل التقنين المدنى القديم . غير أنها كانت تحسب فى ظل التقنين الأخير بالتقويم الهجرى .

وهذه المدة يعبر عنها بالتقادم الطويل .

والراجح أن الذى يبرر هذا التقادم الطويل اعتبارات الصالح العام . فالصالح العام والنظام العام نفسه يفرضان احترام الأوضاع المستقرة وعدم قلقلتها .

ولاشك أن حماية الوضع المستقر من شأنه عدم تمكين الدائن من مطالبة مدينه بدين مضى على استحقاقه مدة طويلة من الزمن . إذ يجب إذن قفل باب القضاء أمام الدائن الذى يقعد عن استعمال

---

(١) السنهورى ص ٨٨٩ ومابعدها .

حقه مدة طويلة . ومن ناحية أخرى يجب حماية المدين وخلفائه من المطالبة بديون مضى على حلول أجلها سنوات طويلة . وذلك بقطع النظر عما إذا كان الدين قد وفاه أو كان يفترض فيه أنـــه وفـــاه . ويعتبر ذلك قاعدة موضوعية توجب انقضاء الدين بالمدة الطويلة لا مجرد قرينة على الوفاء[١] .

٢٨٧ـ حالات لا يسرى عليها التقادم الطويل :

استثنت المادة (٣٧٤) من سريان التقادم الطويل الحالات التـــى ورد عنها نص فى القانون ، والاستثناءات التى نص عليها التقنـــين المدنى فى المواد التالية .

وقد عرضنا للحالات التى ورد بها نص فى التقنين المدنى فى بعض مجلدات الموسوعة فى موضعها ، ونعـــرض للاســـتثناءات الواردة فى المادة (٣٧٥) مدنى ومابعدها فى شرح هذه المواد .

ومن أمثلة مدد التقادم التى ورد بشأنها نص خاص وعرضنا لها فى موضعها ما يأتى :

١- سقوط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه ثلاث سنوات . ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية مـــن اليـــوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليـــوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٢٦ - سليمان مرقس ص ٥٠٧ .

وفى كل حال لايجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد (م١٤٠/٢ مدنى).

٢- سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل ٢ـ على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (م١٧٢ مدنى) .

٣- سقوط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (م١٨٠مدنى) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قضى المشروع كقاعدة عامة بتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة مقتديا فى هذا التحديد بالشريعة الإسلامية . على أن من الأحوال ما نص فيه على التقادم بانقضاء مدد أقصر ، وقد تقدمت الإشارة إلى النصوص الخاصة بتقادم الالتزام بانقضاء ثلاث سنوات فى المسئولية التقصيرية ، والإثراء بلا سبب (عيوب الرضا)

ونقص الأهلية . وثمة نصوص قد حددت مددا أخرى سيأتى بيانهـا فيما بعد [١] .

٢٨٨ـ الحقوق التى يرد عليها التقادم المسقط :

يرد التقادم المسقط على كافة الحقوق الشخصية وهى التى تنشئ علاقة دائنيه من شأنها ترتيب التزام فى ذمة المدين يوجـب عليـه الوفاء به لدائنه . وقد يتمثل هذا الوفاء فى أداء شئ كدفع مبلغ مـن المال أو القيام بعمل كتسليم المبيع أو الامتناع عـن عمـل كعـدم المنافسة فى نشاط معين ، فالوفاء بهذه الالتزامـات لا يتحقـق إلا بالتدخل الشخصى من المدين ، فيكون التزاما شخصيا .

وترتيبا على ذلك قضت محكمة النقض بأن دعوى فسـخ عقـد الإيجار تسقط بالتقادم الطويل .

إذ ذهبت إلى أن :

١- " من المقرر فى قضاءه هذه المحكمة أن الـدعوى بطلـب فسخ عقد الإيجار هى بطلب حق من الحقوق الشخصية التى ليست لها مدة تتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضى خمس عشرة سنة مـن وقت نشأة الحق فى الدعوى باعتباره التاريخ الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه " .

(طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٠٢ .

والحقوق العينية مثلها مثل الحقوق الشخصية يرد عليها التقادم المسقط كحق الانتفاع وحق الارتفاق وسائر الحقوق العينية العقارية ، إذ تسقط بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة . ويستثنى من دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه فلا يرد عليها التقادم المسقط (١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغصب تعتبر مطالبة بإلزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض حالة تعذر التنفيذ عينا ذلك أن التنفيذ العينى هو الأصل ولا يستعاض عنه بالتعويض النقدى إلا إذا استحال التنفيذ العينى . لما كان ذلك فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغصب لا تسقط بالتقادم وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب ".

(طعن رقم ٦٢٢ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/٢٨)

٢- " المقرر أن التقادم المسقط وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء - كأصل عام بانقضاء ١٥ سنة طبقا للمادة ٣٧٤ من القانون المدنى ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع وهو تاريخ نشر الحكم بعدم الدستورية " .

(طعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨)

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٤٥٢ .

٢٨٩ـ الحقوق التى لا تسقط بالتقادم :

لا تسقط بالتقادم الحقوق الآتية :

١- الحقوق التى تتعلق بالنظام العام : كالحقوق المتعلقة بالحالة المدنية. فلا يسقط بالتقادم حقُ الإنسان فى النسب ولاحقه فى الطلاق . ولكن تسقط الحقوق المالية المترتبة عليها كالنفقات المتجمدة ونصيب الوارث فى التركة .

وكذلك لا تسقط بعدم الاستعمال الأسماء والألقاب العائلية ، إذ أن الأسماء لصيقة بالشخصية ، وليست من الحقوق المالية التى يرد عليها التقادم .

ولذلك فانتحال شخص اسم آخر ، لا يكسبه حقا فيه مهما طالت مدة انتحاله أو استعماله له . وعدم استعمال اللقب خاصة ، لايفقد صاحبه ولا فروعه من بعده حق استعادته واستعماله مهما طالت مدة إهماله .

وواضح أن عدم القابلية للتقادم يقتصر على الاسم المدنى وحده باعتباره العلامة المميزة للشخصية والحالة . أما الاسم التجارى وله قيمة مالية ، فليس ما يمنع - والتصرف فيه جائز - من فقده بالتقادم[1] .

---

(١) المستشار على أحمد حسن التقادم فى المواد المدنية والتجارية فقها وقضاء منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٢٧٠ .

٢- الاعتداء على الحرية الشخصية :

تنص المادة ٤١ من دستور سنة ١٩٧١ على أن" الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لاتمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أوحبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة ... " كما تنص المادة ٥٧ على أن : " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكلفها الدستور والقانون جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء " ومفاد ذلك أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرها القانون ، كالقبض على الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل فى غير الحالات التى يقرها القانون وهو ما يعتبر جريمة بمقتضى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات التى تنص على أن : " كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفى غير الأحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا " لما كان ذلك وكانت ما نصت عليه المادة

٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحريـــة الشخصـــية يعتبـــر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشـــئة عنهـــا بالتقادم إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور ، دون حاجة إلى سن تشريع آخر فى هذا الخُصوص . إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات [١].

وفى هذا قضت محكمـة النقض بـأن :

" وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن النص فى المادة ٤١ مـــن الدستور المعمول به فى ١٩٧١/٩/١١ على أن " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لايجـــوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ويصدر هنا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة .." وفـــى المادة ٥٧ على أن " كل اعتداء على الحرية الشخصـــية أو حرمـــة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقـــع عليـــه الاعتداء " مفاده أن الاعتداء الذى منع الدستور وقوعه على الحرية الشخصية هو كل ما من شأنه تقييدها فى غير الحالات التى يقرهـــا القانون كالقبض على الشخص أو حبسه أو منعه من التنقل فى غير

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٢٧١ ومابعدها .

الحالات التى يقرها القانون ، وهو ما يعتبر جريمة بمقتضى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات التى نصت على أن " كل من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفى غير الحالات التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على ذوى الشبهات يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا " لما كان ذلك وكان ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن الاعتداء على الحرية الشخصية يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية والدعوى المدنية الناشئة عنها بالتقادم إنما هو صالح بذاته للإعمال من يوم العمل بالدستور دون حاجة لسن تشريع آخر أدنى فى هذا الخصوص إذ أن تلك الجريمة نصت عليها المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ولما كانت محكمة الموضوع لم تعرض للفصل فى دستورية القانون رقم ٣٧ سنة ١٩٧٢ إذ أن الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٠ من قانون العقوبات ليست من بين الجرائم التى نص عليها ذلك القانون، أما ما نصت عليه المادة من ١٩١ من الدستور من أن " كل ما قررته القوانين واللوائح من أحكام قبل صدور هذا الدستور يبقى صحيحا ونافذا ومع ذلك يجوز إلغاؤها أو تعديلها وفقا للقواعد والإجراءات المقررة فى هذا الدستور " فإن حكمه لا ينصرف بداهة إلا إلى التشريع الذى ثم يعتبر ملغيا أو معدلا بقوة نفاذ الدستور ذاته بغير حاجة إلى تدخل من المشرع- وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه بعد أن استخلص أن التقادم بالنسبة لدعوى المطعون عليه قد وقف سريانه

حتى تاريخ ثورة التصحيح فى ١٩٧١/٥/١٥ وإذ لم تكن مدة التقادم قد اكتملت من تاريخ نفاذ الدستور فى ١٩٧١/٩/١١ فلا تسقط تلك الدعوى بالتقادم إعمالا لنص المادة ٥٧ منه – فإن النعـــى برمتـــه يكون فى غير محله .

(طعن رقم ١٢١٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)

٣- الرخص القانونية : والمراد بالرخص القانونية التى لاتقبل التقادم هى الحقوق التى يقررها القانون مراعاة للصالح العام والتى ترتبط بطبيعتها بمراكز ثابتة تتجدد دون توقف من آن لآخر ، كتلك التى تتعلق بالحرية الشخصية أو بالأحوال الشخصية أوبحق الملكية ، كحق المواطن فى اتخاذ المهنة التى يريدها .

وكذلك لا تسقط بالتقادم الرخص التى قررها القانون لصالح حق الملكية متى كانت متعلقة بالصالح العام . كحق المالك فى إقامة بناء أو غراس فى أرضه ، وحقه فى أن يجبر جاره على وضع حـــدود لأملاكهما المتلاصقة ، وحقه فى المرور بأرض مجاورة إذا كانـــت أرضه محبوسة عن الطريق العام وحقه فـــى الشـــرب والمجـــرى والمسيل ، وكل هذه حقوق مرتبطة بالملكية ولا تنفك عنهـــا مهمـــا طال الزمن .

ولا تسقط بالتقادم الرخص القانونية حتى ولو وردت فى صياغة عقد اتفاق ، إذ لا يغير ذلك من طبيعتها ويجعلها خاضعة لأحكـــام التقادم ، فمثلا لمالك الأرض المحبوسة عن الطريـــق العـــام حـــق

المرور فى الأراضى المجاورة بمقتضى المادة ٨١٢ مدنى ، فــإذا وردت هذه الرخصة فى صيغة عقد أو اتفاق ، فلا يؤثر ذلك علــى طبيعتها إذ تظل غير قابلة للتقادم رغم هذا الاتفاق .

أما الرخص الاتفاقية التى لم يرد بشأنها نص فى القانون ، فهذه تخضع لأحكام التقادم العادى ، ومن أمثلة ذلك مشارطة المشــترى على أن يكون له حق البناء على أرض احتفظ بها البــائع ، وحــق المالك فى أن يلزم جاره بالمساهمة فى دفع ثمن فناء مشترك .

والترخيص الممنوح للمالك بفتح مطلات فى منزله على أرض الجار دون مراعاة المسافة القانونية واحتفاظ البائع بالحق فى حفــر قنوات فى الأرض المبيعة لجلب الحياة إلى أرضــه ، فكــل هــذه الرخص تندرج تحت شرط العقد ، وتخضع لأحكام التقادم العادى..

ولكن يجب أن يلاحظ أن الرخص الاتفاقية لا تســقط اســتقلالا بالتقادم إذا كانت قد نشأت عن جوهر العقد أو ترتبت عليــه فهــى تظل باقية مادام العقد قائما فلا يتناولها التقادم إلا إذا كان قد ســقط أصل الحق بالتقادم، ومن ناحية أخرىتظل الرخص المقررة لصالح المدين والتى لاتعدو عن كونها تعديلا للالتــزام باقيــة لا يتناولهــا السقوط ، إلا إذا كان الالتزام قد سقط بالتقادم [١].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف التقادم المكسب والمسقط الطبعــة الثانيــة ١٩٦٦ ص ٥٢١ ومابعدها .

٤- دعوى الصورية : لا تسقط دعوى الصورية بالتقادم سواء رفعت من أحد المتعاقدين أو من الغير ، لأن المتعاقدين يلجآن عادة إلى الصورية عندما يريدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليه لسبب من الأسباب ، ومن يطعن بالصورية إنما يطلب الحكم باعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول ، بالتقادم ، فلا يمكن أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها فى حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لاتزول بالتقادم فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠)

٢- " الدفع ببطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصف بأنه دفع بالبطلان ، إلا أنه فى حقيقته وبحسب المقصود

منه- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- إنما هو دفع بصورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر ، لا يسقط بالتقادم ، لأن ما يطلبه التمسك بهذا الدفع إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذى قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التى يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما ، واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصورى صحيحا مهما طال الزمن " .

(طعن رقم ١٠٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٣/٤/١٠)

أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن طلب الحكم ببطلان العقد المستتر إلى جانب طلب الحكم بصورية العقد الظاهر ، فإنه يكون هناك دعويان : دعوى الصورية ودعوى البطلان ، وهذه الأخيرة تسقط بالتقادم شأنها فى ذلك شأن سائر دعاوى البطلان[١].

٥- **الدعاوى المتعلقة بالصفة** : يرد التقادم على كافة الحقوق سواء كانت عينية أو شخصية متى تعلقت هذه الحقوق بالمال . أما إذا لم تتصل بالمال فلا يرد عليها التقادم ، مثل ذلك صفة الخصم الذى يرمى من وراء دعواه تقريرها له كالدعوى التى يرفعها الوارث يطلب إثبات صفته كوارث[٢] طالما لم يستند إليها فى تقرير حق مالى مترتب عليها .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٣٥ .

(٢) المستشار أنور طلبه ص ٤٥٣ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بـأن :

" المقرر شرعا أنه لا تأثير لمضى المدة على من يدعى صـفة الوارث مجردة عن المال ، فالدفع بالسقوط لمضى المدة تـدفع بـه دعوى المال ويكون سماعه عند سماع تلك الدعوى وإثباتها لا عند إثبات الصفة " .

(طعنان رقما ١٤٧ ، ١٨٦ لسنة ٦٣ ق " أحوال شخصـية " جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)

٦- **حق الرهن الحيازى** : لايسقط حق الدائن المرتهن حيازيـا بالتقادم مادام المرهون فى يده لأن وجود المرهون فى حيازته يعتبر قطعا مستمرا للتقادم . كذلك لايسـقط الـدين المضـمون بـالرهن الحيازى بالتقادم مادام المرهون فى يد المرتهن لأن بقاء المرهون فى حيازة المرتهن تعتبر إقرارا من الراهن بوجود الدين فى ذمته .

٧- **الدفوع** : لا يرد التقادم على الدفوع طالما كانت الـدعوى قائمة .

إنما يشترط لذلك أن يكون من يتمسك بالدفع فى مركز المدعى عليه وأن يكون القصد من هذا الدفع التخلص من دعوى المدعى ، وينبنى على ذلك أنه لايمكن التمسك بهذه القاعدة فى الحالات الآتية:

(أ) فى الطلبات العارضة أو دعاوى المدعى عليه التى ليسـت متصلة اتصالا وثيقا بموضوع الدعوى الأصلية ، لأن هذه الطلبات

تجعل المدعى عليه فى مركز المدعى مما يتعين عليه أن يرفع الدعوى بها فى المواعيد القانونية قبل أن يتناولها التقادم .

(ب) إذا كان الدفع ردا على دفع سبقه . فدفع الدفع إنما هو دعوى لا دفع .

مثال ذلك : اقترض شخص من قاصر مبلغا من المال ثم حصل المدين على مخالصة من دائنه القاصر . وبعد بلوغه سن الرشد بعشر سنوات أراد أن يطعن بالبطلان فى هذه المخالصة ، ولكنه بدلا من أن يرفع دعوى البطلان ، رفع دعوى على مدينه السابق يطالبه فيها بالوفاء بقيمة الدين ، فتمسك المدعى عليه بالمخالصة ، فرد المدعى على دفاع المدعى عليه طالبا بطلان المخالصة لصدورها منه فى فترة كان هو فيها قاصرا ، ففى هذه الحالة يعتبر هذا الدفع المبدى من المدعى ردا على دفاع المدعى عليه ، بمثابة دعوى ببطلان المخالصة التى يتمسك بها المدعى عليه ضده ، وهذه الدعوى لا تسمع من المدعى لسقوط حقه فيها بالتقادم [١].

٨- **دعاوى الاستحقاق** : دعاوى الاستحقاق لايسرى عليها التقادم ، كحق الملكية التى ترفع هذه الدعوى للمطالبة به . فإذا مكث المالك لعقار أكثر من ١٥ سنة من غير أن يستعمل حقه فإنه يكون له مع ذلك أن يرفع دعوى الاستحقاق على من يكون فى هذه

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٣٨ .

الأثناء قد حاز العقار ، مادام لم يكتسبه بالتقادم المكسب ودعاوى القسمة تبقى مادام الشيوع باقيا ولا يتصور انقضاؤها قبل انتهاء حالة الشيوع [١].

٩- **تقادم الأحكام** : القاعدة أن الأحكام تسقط بالتقادم بمضي خمس عشرة سنة ، فالحق الذى يقرر ، الحكم يسقط إذا لم يبادر المحكوم له بتنفيذه خلال هذه المدة ، إلا إنه لا يجوز الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها .

فإذا كان الحكم مقررا لحق الملكية فهو يعتبر منتجا لكافة آثاره بصرف النظر عن أى تنفيذ له ، إذ يظل حق الملكية قائما ما لم يقم الدليل على أن الغير قد اكتسبها بوضع اليد ، لأن حق الملكية سواء كان مبنيا على حكم أو عقد لا يتقادم لمجرد الإهمال أو عدم الاستعمال [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حق الملكية حق دائم لا يسقط بمجرد عدم الاستعمال مهما طال الزمن ، ومن ثم فإن الحكم المقرر لهذا الحق لايسقط بالتقادم وينتج أثره ولو لم ينفذ ، ولا يجوز اطراحه إلا إذا توافرت لدى

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٦ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٣٢ ومابعدها – محمد كامل مرسى ص ٤٤٩ ومابعدها .

المحكوم ضده بعد تاريخ الحكم شروط وضع اليد على العقار المدة الطويلة المكسبة للملكية ".

(طعن رقم ٩٤٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٠/١/٢٩)

١٠- الإبراء متى نفذ لا يتقادم .

(راجع فى التفصيل شرح المادة ٣٧٢) .

١١- الحقوق العينية التبعية : لا تسقط الحقوق العينية التبعيـة بالتقادم استقلالا عن الحق الأصلى، فحق الامتياز أو الرهن الرسمى الذى يضمن الوفاء بالدين يبقى بالنسبة للدائن والمدين ما بقى الدين قائما ، وكذلك بالنسبة للدائنين الآخرين فليسـوا لهـم أن يتمسـكوا بسقوط الامتياز أو الرهن الرسمى مستقلا عن تقادم الدين[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إنه لما كانت المادة ٢٠٨ من القانون المدنى لا تنطبق ، كمـا هوصريح نصها ، إلا على الديون أو التعهدات فإن حكمها لا يسرى على الرهن الرسمى الذى هو حق عينى ، بل الذى يسرى عليه هو حكم المادة ٨٨ التى أوردفيها القانون بيان أحوال زوال الحقوق العينية . ولما كان الرهن بحسب طبيعته لا يمكن اكتسابه بوضع اليـد لأنـه حق تبعى لا يتصور له وجود إلا ضمانا لدين والديون لا تكتسـب بوضع اليد ، فالاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٠٢ من القانون

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٣٤ .

المدنى المختلط ليس إلا تقريرا لما هو مقرر فإغفاله فى المادة ٧٦ من القانون المدنى الأهلى لا يمكن أن يفيد أن هذا القانون جاء على خلاف القانون المختلط مجيزا اكتساب الرهن بوضع اليد . ولما كان عدم الاستعمال ليس من أسباب زوال الحقوق العينية الواردة علـــى سبيل الحصر فى المادة ٨٨ فإن حق الرهن المحفوظ وفقا للقـــانون لا يمكن أن يسقط بمضى المدة استقلالا عن الدين المضمون به ".

(طعن رقم ١١٧ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥)

مــادة (٣٧٥)

١- يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى متجدد ولو أقــر بــه المدين كأجرة المبانى والأراضى الزراعيــة ، ومقابــل الحكــر ، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات .

٢- ولا يسقط الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النيــة ولا الريع الواجب على ناظر الوقــف أداؤه للمســتحقين إلا بانقضــاء خمس عشرة سنة .

الشـــرح

تقادم الحقوق الدورية المتجددة :

٢٩٠ـ أساس هذا التقادم :

تتقادم الحقوق الدورية المتجددة بخمس سنوات . وهذا التقادم لا يقوم على قرينة الوفاء ، بل يستند إلى اعتبارات اجتماعية قوامهــا الشفقة بالمدين والرحمة به ووقايته من تراكم الديون التى لو أداهــا جملة واحدة لأوقعته فى هوة الدمار . فــالحقوق الدوريــة يــدفعها المدين عادة من إيراده المتجدد . فإذا سكت الدائن عن المطالبة بها مدة طويلة من الزمن ، فإن هذا السكوت يؤدى إلــى تزايــد هــذه الديون وتراكمها على المدين ، مما قد يعجزه عن الوفاء بها وهــو إن اضطر إلى الوفاء بها فإنه يدفعها من رأس ماله وقد يجر هــذا عليه الإفلاس والخراب، لذلك وضع الشارع حدا لتراكم هذه الديون

أقصاها خمس سنوات ، فما مضى على استحقاقه منها خمس سنوات فأكثر يكون قد سقط بالتقادم حتى لا يكون فى ذلك إرهاق للمدين ، بل إن العدل يقتضى أن يتحمل الدائن تلك الخسارة محافظة على التوازن الاقتصادى وجزاء إهماله فى المطالبة بديونه الدورية فى مواعيدها المحددة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولا يقوم التقادم الخمسى على قرينة الوفاء كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يفترض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراده ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم من هذه الديون بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ استحقاقه ، لأفضى ذلك إلى تكليفه بما قد يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على هذا التوجيه ، أن يتمسك بالتقادم بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته "[٢].

٢٩١ـ ما يترتب على الاعتبارات التى يقوم عليها التقادم الخمسى :

يترتب على تأسيس التقادم الخمسى على اعتبارات الشفقة

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٤٤ ومابعدها – اسماعيل غانم ص٤٣٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٠٥ .

بالمدين والرحمة به وعدم تراكم الديون عليه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا ، أنه إذا اعترف المدين بالدين فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالتقادم ما لم يكن هذا الاعتراف قد تضمن معنى آخر يفهم منه التنازل عن التمسك به ، كأن يعترف بالدين مع إظهار استعداده للوفاء به على أقساط معينة ، أو أن يطلب الإمهال أو يدعى السداد أو يطالب الإحالة إلى التحقيق لإثبات الوفاء ، أو أن يدعى فقدان المخالصة أو غير ذلك من وسائل الدفاع التى يفهم منها الخلاص من الالتزام عن طريق الادعاء بالوفاء .

ويترتب على ذلك أيضا أنه لايجوز للدائن أن يوجه للمدين المتمسك بالتقادم الخمسى اليمين الحاسمة على أنه أدى الدين فعلا ، لأن هذه اليمين غير منتجة فى الدعوى ، ذلك أن من حق المدين التمسك بهذا التقادم حتى ولو أقر بوجود الدين فى ذمته [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التقادم الحولى المنصوص عليها فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى يقوم على قرينة الوفاء ، وهى " مظنة " رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه – هى يمين الاستيثاق – وأوجب " على من يتمسك بأن الحق تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين

---

(١) الدكتور محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية الجزء الخامس التقادم أو مضى المدة سنة ١٣٦١ هـ- ١٩٤٢ ص ٤٥٧ ومابعدها.

فعلا " بينما لا يقوم التقادم الخمسي المنصوص عليه في المادة ٣٧٥ على تلك القرينة . وإذا كان الثابت في الدعوى أن الطاعن أنكر على المطعون ضدها حقها في فروق الأجر مما لا محل معه لإعمال حكم المادة ٣٧٨ من القانون المدني وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأعمل حكم المادة ٣٧٥ من ذلك القانون فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون النعي على غير أساس " .

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥)

٢٩٢- المقصود بالحقوق الدورية :

يقصد بالحقوق الدورية ، أن الحق يستحق في ميعاد دوري معين كأن يستحق كل أسبوع أو كل شهر أو كل سنة أو كل وحدة زمنية أخرى يتفق عليها . كالأجرة وفوائد الديون والمرتبات والمعاشات .

والدورية قد يكون مصدرها الاتفاق كما في الأجرة والفوائد الاتفاقية ، وقد يكون مصدرها القانون كما في المعاشات والمرتبات.

وقد ذكرت الفقرة الأولى من المادة من الحقوق الدورية المتجددة أجرة المباني والأراضي الزراعية ومقابل الحكر والفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات . وهذا التعداد قد ورد على سبيل المثال لا الحصر . فيعتبر من الديون الدورية المتجددة كذلك ، أقساط التأمين وثمن استهلاك المياه والكهرباء .

ودين النفقة وكوبونات الأسهم وقيمة الاشتراك فى صــحيفة أو نادٍ[١].

ويلاحظ أنه كان يشترط فى التقنين المدنى السابق لاعتبار الحق دوريا ألا يزيد موعد الاستحقاق الدورى على سنة ، ولكن الفقــرة الأولى من المادة لم تنص على هذا القيد .

ولذلك تعتبر الأجرة دينا دوريا متجددا ولو كانت مستحقة كــل سنتين مثلا [٢].

٢٩٣ـ المقصود بالحقوق المتجددة :

يقصد بالحقوق المتجددة أن الحق يستحق فى موعــده الــدورى بصفة مستمرة ولا يترتب عليه الانتقاص من الأصل .

ففوائد الديون تعتبر متجددة لأنها تنتج من رأس المال إلى مــالا نهائية .

أما أقساط الدين فهى غير متجددة لأنها تنتهى بعدد معــين مــن الأقساط [٣].

وكذلك إذا اشترط دفع ثمن المبيع على دفعات ، فإن الأقساط أو الدفعات تعتبر مكونة دينا واحدا غير منقسم [٤]

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٢ .
(٢) اسماعيل غانم ص ٤٣٥ – المستشار على أحمد حسن ص ٢٩٨ .
(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٥٩ – سليمان مــرقس ص ٥٠٨ مابعــدها – محمد لبيب شنب ص ٤٠٠ .
(٤) محمد كامل مرسى ص ٤٦١

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يرد التقادم الخمسى على الالتزامات الدورية المتجددة (قارن عبارة المادة ٢١١/٢٧٥ من التقنين الحالى وهى أقل دقة وبيانا) أما أقساط الديون المنجمة فيسقط كل منها بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ استحقاقه ، لأنها ليست بالمتجددة وإن كانت دورية"[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- مناط خضوع الحق للتقادم الخمسى وفقا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ مدنى هو اتصافه بالدورية والتجدد أى أن يكون الحق مستحقا فى مواعيد دورية أيا كانت مدتها ، وأن يكون هذا الحق بطبيعته مستمرا لا ينقطع سواء كان ثابتا أو تغير مقداره من وقت لآخر ".

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤)

٢- " النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى علي ان " يتقادم بخمس سنوات كل حق دورى ولو أقر به المدين كأجرة المباني والأراضى الزراعية ومقابل الحكر، وكالفوائد والإيرادات المرتبة والمهايا والأجور والمعاشات " يدل على أن الضابط في هذا النوع من التقادم الخمسى هو كون الالتزام مما يتكرر ويستحق الأداء في مواعيد دورية وان يكون الحق بطبيعته

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٠٥ .

مستمرا لا ينقطع مما ينوء الملتزم بحمله ولو ترك بغير مطالبة مدة تزيد علي خمس سنوات " .

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)

٢٩٤ ـ لا يشترط أن تكون الديون الدورية المتجددة ثابتة :

يكفي أن تكون الديون دوريه متجددة لتخضع للتقادم الخمسى فلا يشترط أن تكون هذه الديون ثابتة معينة المقدار وقت نشوئها ، فإذا كانت الأجرة أو المرتبات أو أقساط التأمين تتراوح بين الزيادة والنقص ،فلا ينال ذلك من خضوعها للتقادم الخمسى .

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن :

" إن الدورية والتجدد المنصوص عليهما فى المادة ٣٧٥ من القنون المدنى هما من الخصائص المتفرعة عن طبيعة الحق فى ذاته ، إذ يقصد بالدورية أن يكون مستحقا فى مواعيد متتالية ، وبالتجدد أن ما يؤدى من الدين فى موعده لا ينتقص من أصله . وقد ذكرت المادة ٣٧٥ المشار إليها المرتبات من بين الحقوق الدورية المتجددة التى أوردتها على سبيل المثال ، فالمرتبات بطبيعتها من الحقوق التى تتقادم بخمس سنوات باعتبارها دورية متجددة . وهاتان الصفتان لا تزايلان ما تجمد منها ، كما لا يغير من طبيعة المرتب ، كحق دورى متجدد ، قيام المنازعة فى أصل استحقاقه ، إذ لا شأن لذلك بمدة التقادم كما أشارت إلى ذلك المادة ٣٧٥ حيث نصت على أن الحق الدورى المتجدد يتقادم بتلك المدة

ولو أقر به المدين، فتسرى مدة التقادم من باب أولى إذا نازع فيه . ومرد ذلك إلى أن التقادم الخمسى لا يقوم على قرينة الوفاء كما هو الشأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع فى أساسه إلى أن المدين يفرض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيراداته ، فلو أجبر على الوفاء بما تراكم منها بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ الاستحقاق لأفضى ذلك إلى تكليفه بما يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على هذا التوجيه ، أن يتمسك بانقضاء تلك المدة ، ولو بعد إقراره بوجوب الدين فى ذمته ، ومما يجدر التنبيه إليه أن القرينة التى يقوم عليها هذا التقادم الخمسى عن قرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدليل العكسى . فلا وجه للتحدى بأنها لا تسرى فى حق الخزانة العامة بحسبان أنها مليئة ".

(طعن رقم ٨٧ لسنة ١ ق جلسة ١٩٥٥/١١/١٩)

" إن الدورية والتجدد المنصوص عليهما بالمادة ٣٧٥ من القانون المدنى هما من الخصائص المتفرعة عن طبيعة الحق فى ذاته، إذ يقصد بالدورية أن يكون الحق مستحقا فى مواعيد متتالية ، وبالتجدد أن ما يؤدى من الدين لا ينتقص من أصله . وكلا الوصفين قائم بالعلاوات عامة ، فشأنها فى ذلك شأن المرتبات التى أوردتها المادة ٣٧٥ سالفة الذكر فيما أوردته من أمثلة لهذا النوع من الحقوق التى تسقط بمضى خمس سنوات ... والعلاوة فى حقيقتها جزء من المرتب ، ولا يغير من طبيعة المرتب أو العلاوة ،

كحق دورى متجدد ، قيام المنازعة فى أصل استحقاقه ، إذ لا شأن لذلك بمدة التقادم كما أشارت إلى ذلك المادة ٣٧٥ حين نصت على أن الحق الدورى المتجدد يسقط بمضى خمس سنوات ولو أقر بـه المدين فتسرى هذه المدة من باب أولى إذا نازع فيه . ومرد ذلـك إلى أن التقادم الخمسى لا يقوم على قرينة الوفاء ، كما هو الشـأن فيما عداه من ضروب التقادم ، وإنما يرجع فـى أساسـه إلـى أن المدين يفرض فيه أداء الديون الدورية المتجددة من إيـراده ، فلـو أجبر على الوفاء بما تراكم منها بعد انقضاء خمس سنوات فـأكثر من تاريخ استحقاقها لأفضى ذلك إلى تكليفه بما يجاوز السعة . وقد جعل للمدين ، تفريعا على ذلك ، أن يتمسك بانقضاء تلك المدة ولو بعد إقراره بقيام الدين فى ذمته . هذا ومما يجب التنبيـه إليـه أن القرينة التى يقوم عليها التقادم الخمسى هى قرينة قانونية قاطعة لا تقبل الدليل العكسى ".

(طعن رقم ٢٨٧ لسنة ١ ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٦)

٢٩٥ـ ضـم الحق الدورى إلى رأس المال :

إذا طرأ على الحق الدورى المتجدد ما يصبح به رأس مال فإنه يفقد صفة الدورية والتجدد . فلا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

وعليه فالفوائد التى يتفق على تجميدها وتضم إلى رأس المـال تزايلها صفة الدورية والتجديد. فلا تسقط إلا بخمس عشرة سنة [١].

---

(١) عبد المنعم الصده ص ١٥٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" النص على إدماج الفوائد فى رأس المال لا يعدو أن يكون رخصة للدائن ، له أن يعملها دون توقف على إرادة المدين ، وله أن يتنازل عنها بإرادته المنفردة ، كما أن تقرير ثبوت قيام الدائن بإدماج الفوائد أو عدوله عن ذلك هو من مسائل الواقع والتى يستقل بها قاضى الموضوع ، دون معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بسقوط الفوائد بالتقادم الخمسى على أن الدائن قد تنازل عن حقه فى اعتبارها أصلا استنادا إلى عدم قيامه بإدماج الفوائد سنة فسنة فعلا فى رأس المال ، وإلى مطالبته بها على أساس عدم تجميدها ، وهو استخلاص موضوعى سائغ ، لا مخالفة فيه للقانون أو نصوص الاتفاق فإنه لا يكون قد خالف القانون أو نسخ نصوص الاتفاق " .

(طعن رقم ٩٨ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٣٠)

٢٩٦ـ زوال صفة الدورية والتجدد :

إذا زالت صفتا الدورية والتجدد عن الدين فإنه لا يترتب على ذلك أن يصبح الدين دينا عاديا يخضع لأحكام التقادم الطويل ، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على استبدال الدين بإحلال التزام جديد مكان الالتزام القديم بنية التجديد . ففى هذه الحالة يخضع الدين الجديد لأحكام التقادم العادى [1].

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٢٩٨ ومابعدها .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " لما كان استبدال الدين يتم بإحلال التزام جديد مكان التزام قديم بنية التجديد ، وكان الطرفان قد حرصا فى الإقرار موضوع الدعوى على نفى نية الاستبدال نفيا تاما فنصا على ذلك صراحة فى صلب الاتفاق كما نصا على استيفاء وصف الدين كدين إيجار وهو سبب الالتزام الأصلى وما أعقبه من إجراءات قضائية وما صحبه من تأمينات ، وكان من شأن بقاء سبب الالتزام الأصلى أن يظل وصف دين الأجرة قائما لا يؤثر فيه التعهد بالوفاء الذى اقترن به الإقرار مادام أن هذا الإقرار لم يغير من طبيعة الدين أو يتضمن استبدال دين جديد به ولا يترتب على مجرد زوال صفتى الدورية والتجدد عن دين الأجرة أن يصبح دينا عاديا خاضعا للتقادم الطويل- كما ذهب الحكم - ذلك بأن الدورية والتجدد هما- صفتان لاصقتان بدين الاجرة وهما مفترضان فيه ما بقى حافظا لوصفه ولو تجمد بانتهاء مدة الإيجار وأصبح فى الواقع مبلغا ثابتا فى الذمة لا يدور ولا يتجدد - لما كان ذلك فإن التقادم الخمسى هو الذى يسرى عليه من تاريخ استحقاقه المنصوص عنه فى الإقرار ويكون الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على حصول استبدال فى دين الإيجار وعلى أن هذا الدين أصبح خاضعا للتقادم الطويل قد مسخ الاتفاق موضوع النزاع وأخطأ فى تطبيق القانون ، أما قول الحكم فى

تفسير الاتفاق المشار إليه بأن ما قصد بنفى نية الاستبدال فيه إنما كان الغرض منه استبقاء التأمينات المتفق عليها فى عقد الإيجار الرسمى فهو خروج عن صريح لفظه لا تسوغه الحجة التى قال بها الحكم ".

(طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠ ق جلسة ١٩٥٣/٣/١٩)

٢- " إذا كانت المادة ٣٧٥ من القانون المدنى تنص على أن الأجر من الحقوق الدورية المتجددة التى تتقادم بخمس سنوات ولو أقر به المدين، سواء أكان مصدره العقد أو القانون ، وكانت الدورية أو التجدد هما صفتان لصيقتان بدين الأجر ، وهما مفترضتان فيه ما بقى حافظا لوضعه ولو تجمد بانتهاء المدة المستحق عنها وأصبح فى الواقع مبلغا ثابتا فى الذمة لا يدور ولا يتجدد ، وكان الحكم قد التزم هذا النظر ، وقضى بسقوط حق الطاعنات فيما زاد عن فروق الأجر المستحق بهن عن المدة السابقة للخمس السنوات السابقة على رفع الدعوى ، فإنه يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ٥٥٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٥/٥)

٢٩٧- التمسك بالتقادم الخمسى لا يكون إلا ضد الدائنين :

لايجوز للمدين التمسك بالتقادم الخمسى إلا ضد دائنيه، إذ لايصح للمدين أن يدفع بالتقادم الخمسى ضد من أوفى عنه هذا الدين .

وتفريعا على هذا إذا قام بالوفاء الفضولى أو الضامن المتضامن أو الكفيل أو أى شخص له مصلحة فى أداء الدين نيابة عن المدين ثم رجع على المدين يطالبة بقسمة الدين بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ وفائه بالدين ، فليس للمدين أن يتمسك ضده بالتقادم الخمسى ، لأن من أوفى الدين عن المدين إنما يرجع عليه بدعوى خاصة فالفضولى يرجع على المدين بدعوى الفضالة ، والضامن المتضامن يرجع عليه على أساس الوكالة الضمنية المفترضة بين المدينين المتضامنين ، والكفيل يرجع عليه بالدعوى الشخصية أو دعوى الحلول ، ومن ثم فلا يجوز للمدين أن يتمسك ضدهم إلا بالتقادم الخاص بهذه الدعاوى ، ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا قام أحد هؤلاء بأداء دين نيابة عن المدين كان قد سقط بالتقادم الخمسى ، فلا يستطيع أى منهم الرجوع على المدين لأنه أدى دينا طبيعيا لا يلزم المدين بوفائه إلا برضائه واختياره[١] .

٢٩٨ـ صدور حكم بالدين :

إذا صدر حكم نهائى بقيمة الدين الدورى المتجدد فتكون ، مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى خمس عشرة سنة كاملة .

أما إذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفة الدورية والتجدد ، كما إذا قضى للمؤجر بالمستحق من الأجرة وما

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٩ المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٥٧

يستجد منها منذ صدور الحكم إلى يوم التنفيذ أو بالمستحق من الفوائد وما يستجد منها حتى تاريخ الوفاء ، فإن أقساط الأجرة أو الفوائد المستقبلة تظل حافظة لصفتى الدورية والتجدد بالرغم من صدور الحكم بها، ومن ثم فيتقادم كل قسط منها بمدة خمس سنوات تسرى من الوقت الذى يحل فيه هذا القسط[1] .

(راجع أيضا نقض طعن رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/١٩)

٢٩٩ـ أمثلة للحقوق الدورية المتجددة :

من هذه الأمثلة ما نصت عليه المادة صراحة، ومنها مالم يرد النص عليه بها، ذلك أن ما ورد به نص فى المادة جاء على سبيل المثال .

ونعرض فيما يلى لما ورد عليه النص بالمادة .

١ – أجرة المبانى والأراضى الزراعية :

أجرة المبانى والأراضى الزراعية من الحقوق الدورية المتجددة. ليست الأجرة وحدها هى التى تسقط بالتقادم الخمسى بل تتبعها كافة الالتزامات الملحقة بالأجرة إذا كانت هذه الالتزامات دورية وقابلة للتزايد ومتعاقبة مادام عقد الإيجار قائما . وتفريعا لهذا إذا أقر المستأجر فى عقد الإيجار أنه إذا زرع أكثر من ثلث الأرض قطنا أو كرر الزراعة القطنية فيما سبقت زراعته قطنا

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٥٧ – محمد كامل مرسى ص ٤٦٦.

يكون ملزما بمثل الأجر وجعل للمؤجر حق خصم ما يجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر فى سنى الإيجار ، فإنه بذلك يكون الطرفان قد أنزلا التعويض المذكور منزلة الأجرة قدرا واستحقاقا وتكرارا وبالتالى فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسى لأنه مستحق استحقاق الأجرة ودائر معها فى مدة الإيجار[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- "إن القانون المدنى إذ نص فى المادة ٢١١ على أن المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر هى مما يسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات ، وإذ عطف على هذه الأنواع قوله : " وبالجملة كافة ما يستحق دفعه سنويا أو بمواعيد أقل من سنة " قد دل بذلك على أن مناط الحكم فى هذا النوع من التقادم هو كون الالتزام مما يتكرر ويستحق سنويا أو بمواعيد أقل من سنة ويكون تكراره واستحقاقه دوريا مما ينوء الملتزم بحمله ولو ترك بغير مطالبة مدة تزيد على خمس سنوات .

فإذا أقر المستأجر فى عقد الإيجار أنه إذ زرع أكثر من ثلث الأرض قطنا أو كرر الزراعة القطنية فيما سبقت زراعته قطنا يكون ملزما بمثل الأجرة ، وجعل لنظارة الوقف حق خصم ما

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٥٠ .

يجب من ذلك التعويض من كل مبلغ دفعه أو يدفعه المستأجر ، ووقع الاتفاق على أن يسرى هذا الحكم ويتكرر فى سنى الإيجار ، فإن الظاهر من هذا العقد أن الطرفين أنزلا التعويض المذكور منزلة الأجرة قدرا واستحقاقا وتكرارًا .

ومتى قام بالالتزام التعويضى المترتب على مخالفة المستأجر لالتزاماته الأصلية وصف كونه مقدرا تقدير الأجرة ومستحقا استحقاقها ودائرا معها عن مدة الإيجار فقد جاز عليه حكم السقوط بالتقادم الخمسى سقوط الأجرة " .

(طعن رقم ٧٠ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٦/٢/٢٧)

(ب)- " إذا قضت محكمة النقض بسقوط حق الوقف المنظرة عليه بأجر وزارة الأوقاف فى مطالبة المستأجر بالتعويض المترتب على مخالفته لشروط عقد الإيجار بزرعه زراعة صيفية تزيد على ما هو متفق عليه ، وذلك على أساس أن هذا التعويض ليس شرطا جزائيا فلا يسقط الحق فيه إلا بمضى مدة الخمس عشرة سنة المقررة لسائر الحقوق ، بل هو التزام تابع للإيجار فيأخذ حكمه ، ولذلك يسرى عليه حكم المادة ٢١١ من القانون المدنى ، فيسقط الحق فى المطالبة به بمضى خمس سنوات - إذا قضى بذلك ثم رفع الناظر الجديد دعوى على الوزارة يطالبها بالتعويض الذى يستحقه الوقف قبل المستأجر وقضى من قبل بسقوطه ، فحكمت

المحكمة برفض دعواه على أساس أن توانى الوزارة عن مطالبة المستأجر بالتعويض حتى سقط الحق فيه لا يستوجب مسئوليته عليها عن تعويض الضرر الذى أصاب الوقف من ذلك لأن هذا الضرر لم يكن نتيجة مباشرة لسكوتها أكثر من الخمس السنوات عن المطالبة بل كان منشؤه الخلاف على تفسير شرط من شروط عقد الإيجار تحتمل ألفاظه أكثر من معنى واحد مما قد يحصل في كل ما يجريه الحريص مهما كان محتاطا ، فإن هذا الحكم يكون خاطئا، لأن الأمر هنا لم يكن لخلاف فى تفسير تحتمله ألفاظ العقد ، بل الخلاف فى فهم أحكام القانون المنطبقة على العقد " .

(طعن رقم ١٠١ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٤/٢٧)

ونفقات تطهير المساقى والمصارف الموجودة بالعين المؤجرة والتى تعهد المستأجر بأدائها مع الأجرة تعتبر فى منزلة الأجرة لأنها قابلة للزيادة ومستمرة مع استمرار العقد ، ومن ثم تسقط بالتقادم الخمسى .

وتسقط أيضا بالتقادم الخمسى أجرة الأراضى الفضاء والغرف المفروشة وأجرة المنقولات كالسيارات والعوامات والذهبيات لأن كل هذه الحقوق دورية متجددة ، وإذا كان القانون قد أورد أجرة المبانى والأراضى الزراعية ، فلم يكن ذلك على سبيل الحصر لأنها هى الغالبة فى التعامل .

غير أنه المشرع قد استثنى فى المـادة ١/٣٧٨ مـدنى أجـرة غرف الفنادق فنص على أن حقوق أصحاب الفنادق تتقـادم بسـنة واحد [١].

والضرائب العقارية التى تضاف إلى القيمة الإيجارية التى تدفع فى مواعيد دورية يأخذ حكم الأجرة فتسقط بالتقادم الخمسى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كانت الضرائب العقارية التى لم يشملها الإعفـاء المقـرر بالقانون رقم ١٦٩ لسنة ١٩٦١ تضاف إلى القيمة الإيجارية التـى تدفع فى مواعيد دورية فإنها تأخذ حكمها باعتبارها أجرة لا ضريبة ، وكانت تتبع الأجرة فى خضوعها للتقادم الخمسى كافة الالتزامـات الملحقة بها والمعتبرة من عناصرها إذا كانت هذه الالتزامات دورية وقابلة للتزايد ومتعاقبة مادام عقد الإيجار قائما ، وإذ خالف الحكـم المطعون فيه هذا النظر وذهب إلى أن المبالغ المطالب بها لا يسرى عليه التقادم الخمسى فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٥٨٣ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/٦)

٢- مقابل الحكر :

يسقط مقابل الحكر بالتقادم الخمسى لأنه بمقتضى عقد الحكـر يتعهد المحتكر بأن يدفع للمحكر مقابل الحكر فى أوقـات دوريـة منتظمة .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٥٢ .

٣- الفوائد :

الفوائد من الحقوق الدورية المتجددة ، إذ هى تدفع كل سنة عادة، وهى ريع متجدد لرأس المال . وتتقادم بخمس سنوات أيا كان مصدرها ، فقد تكون فوائد اتفاقية كما فى القرض وثمن المبيع ، وقد تكون فوائد قانونية طولب بها مطالبة قضائية ويدخل فى الفوائد فوائد الأسهم والسندات (الكوبونات) [١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) – " تنص المادة ٢٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أن : " تؤول إلى الحكومة نهائيا جميع المبالغ والقيم التى يلحقها التقادم قانونا بعد تاريخ العمل بهذا القانون ويسقط حق أصحابها فى المطالبة بها وتكون مما دخل ضمن الأنواع المبينة بعد الأرباح والفوائد المتفرعة عن الأسهم والسندات القابلة للتداول مما تكون أصدرته أية شركة تجارية أو مدنية ..." كما تنص المادة ٣٧٥ من التقنين المدنى فى فقرتها الأولى على أن " يتقادم بخمس سنوات ، كل حق دورى متجدد ، ولو أقر به المدين " . فإذا كان البنك الطاعن قد حجز تحت يده جزءا من أرباح الكوبونات أكثر من خمس سنوات دون أن يطالب أصحاب الشأن بها فإنها تؤول إلى الحكومة إذ أن هذه المبالغ لا تخرج عن كونها جزءا من الفائدة

---

(١) السنهورى ص ٩٢٢ ومابعدها .

السنوية ولا تتغير طبيعتها بمجرد استقطاعها وحجز البنك لها مع علمه بأنها تزيد عن الضريبة المستحقة لمصلحة الضرائب . وإذ قضى الحكم المطعون فيه بسقوط الحق فى المطالبة بهذه المبالغ بالتقادم فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون " .

(طعن رقم ١٥٣ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٢/١٣)

(ب) – " تنص المادة ١/٤٥٨ من القانون المدنى ، على أنه "لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعذر المشترى أو إذا سلم الشئ المبيع ، وكان هذا الشئ قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره ، مما مفاده أن الفوائد تستحق عن الثمن من وقت تسلم المشترى المبيع إذا كان هذا المبيع قابلا أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وهى فوائد قانونية يجرى عليها حكم المادة ١/٣٧٥ من القانون المدنى فتسقط بخمس سنوات بوصفها حقا دوريا متجددا ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بأن الفوائد التى تستحقها الشركة المطعون عليها – البائعة– عن ثمن الأرض الزائدة تتقادم بخمس عشرة سنة فإنه يكون أخطأ فى تطبيق القانون ".

(طعن رقم ٣٨٣ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٣٠)

٤- الإيرادات المرتبة :

وذلك سواء كانت إيرادات دائمة ، أو مرتبة مدى الحياة . فهى تتقادم بخمس سنوات إما باعتبارها إيرادات مرتبة وإما باعتبارها فوائد مستحقة على رأس المال الذى دفعه صاحب الإيراد للمدين به .

عملا بالمادة ٢/٥٤٥ مدنى التى تجرى على أنه :

" فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة ".

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المبالغ التىتصرفها وزارة المالية لأصحاب المرتبات المقررة فى الأوقاف الملغاة قد فقدت صفتها باعتبارها استحقاقا فى الوقف وذلك بمجرد إلغاء تلك الأوقاف ، وكانت الحكومة قد رأت تعويض أصحاب تلك المرتبات برصد مبالغ شهرية لهم بقيمة ما كانوا يستحقونه أصلا فى تلك الأوقاف ، فإن هذه المبالغ التى يجرى صرفها شهريا تعتبر فى حكم الإيرادات المرتبة فتتقادم بخمس سنوات عملا بالمادة ٢١١ من القانون المدنى القديم ، ومن ثم فإن الحق فى المطالبة بالفروق المتعلقة بهذه المبالغ يتقادم أيضا بهذه المدة " .

(طعن رقم ٤٤٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٥/٢٨)

٥- المهايا والأجور والمعاشات :

تسقط بالتقادم الخمسى المهايا والأجور والمعاشات المستحقة للموظفين سواء كانوا حكوميين أو غير حكوميين مستخدمين أو عمالا ، لأن الحكومة أو أرباب الأعمال إنما يدفعون هذه المرتبات

من ميزانياتهم السنوية ، وهى ميزانيات دورية متجددة ، فإذا أهمل الموظف أو المستخدم المطالبة بمستحقاته مدة طويلة مـن الـزمن فتراكمت مدة خمس سنوات . فإن دفعها جملة واحدة ممـا يحـدث عجزا فى الميزانية وفى هذا يتحقق قصد المشرع فى وجوب قصر المطالبة بهذه الديون لمدة خمس سنوات من تاريخ استحقاقها [١].

أما أجور العمال فسنرى أنها تتقادم بسنة واحدة ، وهذا التقـادم يقوم على قرينة الوفاء .

أما ما يدفع مقابل التعويض عن الإصابات التى تحدث للموظف أو المستخدم أثناء مدة خدمته فلا يسرى عليها التقادم الخمسـى لأن هذه المبالغ ليست لها صفة الدورية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ)- " نص المادة الخمسين من القسم الثانى من اللائحة المالية للخزانة والحسابات الذى يقضى بأن الماهيات التى لم يطالب بها فى مدة خمس سنوات تصبح حقا مكتسبا للحكومة ليس إلا ترديدا لمـا نصت عليه المادة ٢١١ من القانون المدنى القديم و٣٧٥ من القانون المدنى القائم من أن المرتبات والأجور والمهايـا تتقـادم بخمـس سنوات- وما كان لهذه اللائحة وهى فى مرتبة أدنى من التشريع أن تعدل من أحكام التقادم الواردة فى القانون ، فإذا كـان المطعـون

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٣٠٤

ضده لم يطالب بمرتب تأخرت الدولة فى أدائه وإنما بتعويض مقابل الضرر الذى لحقه بسبب قرار إدارى مدعى بمخالفته للقانون كـــان هذا التعويض يختلف عن المرتب فى طبيعتـــه وســـبب اســـتحقاقه فالمرتب دورى متجدد وهاتان الصفتان هما الضابط للحقوق التـــى نص القانون المدنى قديمه وجديده على تقادمها بالتقادم الخمسى ذلك القانون الذى نقلت عنه اللائحة المالية حكمه فى خصـــوص مهايـــا الموظفين والمرتب أيضا هو مقابل عمل يؤديه الموظف للدولة بينما التعويض لايدور ولايتجدد وهو ليس مقابلا لعمل وإنما جبر لضرر- لما كان ذلك ، فإن هذا التعويض لا يجرى عليه ما يجـــرى علـــى المرتب من تقادم بخمس سنوات وإنما يخضع فى تقادمـــه للقاعـــدة العامة الواردة فى المادة ٢٠٨ من القانون المدنى القـــديم والمـــادة ٣٧٤من القانون القائم فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة مادام أنه لم يرد فى شأنه نص خاص يقضى بتقادمه بمدة أقصر " .

(طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/٣)

(ب)- " التقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة المنصـــوص عليه فى المادة ٣٧٥ من القانون المدنى لا يقوم على قرينة الوفـــاء وإنما يرجع فى أساسه إلى تجنيب المدين عبء الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطالبة مدة تزيد على خمـــس ســـنوات ولذلك جعل له أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد إقراره

بوجود الدين فى دمته ، بينما يقوم التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من ذات القانون على قرينة الوفاء وهى مظنة رأى المشرع توثيقها بيمين يؤديها المدين أو ورثته ويبين من ذلك أن هذين النوعين من التقادم يختلف كل منهما عن الآخر فى أحكامه ومبناه ، ولما كان التعبير بكلمتى (المهايا والأجور) فى نص المادة ٣٧٥ المشار إليها قد ورد بصيغة عامة بحيث يشمل أجور جميع العاملين سواء كانوا من العمال أو من الموظفين والمستخدمين فيكون قصره على أجور الأخيرين تخصيصا لعموم النص بغير مخصص وهو ما لايصح ، ومؤدى ما تقدم أن أجور العمال تخضع لكل من التقادم الخمسى والتقادم الحولى المنصوص عليهما فى المادتين ٢٧٥ ، ٣٧٨ سالفتى الذكر ، لما كان ذلك وكان الثابت فى الدعوى أن المطعون ضدهم – ورثة رب العمل – تمسكوا أصليا بالتقادم الخمسى واحتياطيا بالتقادم الحولى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتقادم الأول لانطباقه على واقعة الدعوى . لا يكون قد أخطأ فى تطبق القانون "

(طعن رقم ٢٧١ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/٢/١٩)

٦- العلاوة الدورية :

منح العلاوة الدورية للموظف عند حلول موعدها واستحقاقه لها مستمدمن القانون مباشرة متىتوافرت الشروط المقررة لاستحقاقها.

وإذ تستحق العلاوة شهريا وتتجدد باستمرار ، شأنها فى ذلك شأن المرتب الذى تلحق به وتعتبر جزءا منه ، فإنها تكون من الحقوق الدورية المتجددة التى يسقط الحق فى المطالبة بها بمضى خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق فى اقتضائها عملا بالمادة ٣٧٥ من القانون المدنى .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان القرار رقم ٢٧٩ لسنة ١٩٦٥ قد انتهى إلى أن علاوات الطالب الدورية السابقة على ١٠ من أكتوبر سنة ١٩٦٠ قد سقطت بالتقادم ، وكان من المقرر أن منح العلاوة للطالب عند حلول موعدها واستحقاقه لها مستمد من القانون مباشرة متى توافرت الشروط المقررة لاستحقاقها ، وكان لا نزاع بين الطرفين فى توافر هذه الشروط بالنسبة للطالب ، فإن من حقه أن يطالب بها من التاريخ المحدد فى القانون لمنحها . وإذ تستحق العلاوة الشهرية وتتجدد باستمرار ، شأنها فى ذلك شأن المرتب الذى تلحق به ، وتعتبر جزءا منه ، فإنها تكون من الحقوق الدورية المتجددة التى يسقط الحق فى المطالبة بها بمضى خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق فى اقتضائها عملا بالمادة ٣٧٥ من القانون المدنى ، ومن ثم

فإن امتناع الوزارة عن صرف ما مضى على استحقاقه مــن تلــك العلاوة خمس سنوات عند إجراء التسوية يكون له سند من القانون، وتكون المطالبة به علي غير أساس " .

(الطلب رقم ٢١٣ لسنة ٣٥ ق " رجــال القضــاء " جلســة ١٩٧٢/٤/٦)

٧- اشتراكات صاحب العمل عن العاملين لديه لدى الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية :

صاحب العمل يلتزم بأداء اشتراكات معينة عن العاملين لديه ، ويلتزم باستقطاع جزء محدد من أجور المؤمن عليهم وذلك شهريا، ويجب عليه توريد كل هذه الاشتراطات إلى الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية. وهذه الديون كلها تتصف بالدورية والتجدد مادام صاحب العمل ملزما بالوفاء بها في مواعيد دورية شهرية ، ويستمر أداؤها دون انقطاع طالما ظل خاضعا لأحكام قانون التأمين الاجتماعى ، ومن ثم فتعد من الحقوق التى تتقادم بخمس سنوات[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

(أ) - " إذ كان مقتضى المواد ١٨، ٢١، ٥٦ ، ٦٦ ، ٧٣ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ ، أن صاحب العمل يلتزم بأداء اشتراكات معينة عن العاملين لديه كما يلتزم باستقطاع جزء محدد من أجور المؤمن عليهم وذلك شهريا ، ويجب عليه توريد كل هذه الاشتراكات التى تتكون منها أموال التأمين إلى مؤسسة التأمينات الاجتماعية خلال الخمسة عشر يوما الأولى من الشهر التالى ، فإن هذه الديون كلها تتصف بالدورية والتجدد مادام أن صاحب العمل ملزم بالوفاء بها فى مواعيد دورية شهرية ، ويستمر أداؤها دون انقطاع طالما ظل خاضعا لأحكام

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ٣٠٥ .

قانون التأمينات ، ومن ثم فتعد من الحقوق التي تتقادم بخمس سنوات ، ولا يقدح في ذلك نص المادة ١٢٥ من قانون التأمينات الاجتماعية الصادر بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٦٤ التي تدل فقط على تطبيق أسباب قطع التقادم المنصوص عليها في القانون المدني باعتبارها أسبابا عامة وذلك بالإضافة إلى التنبيه على صاحب العمل بأداء المبالغ المستحقة للهيئة ولا يكشف هذا النص عن طبيعة الالتزام بدفع الاشتراكات والفوائد والغرامات أو عن نوع التقادم الذي تخضع له هذه الديون " .

(ب)- " إذا كان مقتضى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدني أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الإضافية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبر من ملحقات الحق الأصلي وهو دفع الاشتراكات الذي يسقط بالتقادم ، فإن تلك المبالغ الإضافية تسقط هي الأخرى مع هذا الحق " .

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤)

٨- الاشتراكات بأنواعها :

يسقط بالتقادم الخمسي الاشتراكات بأنواعها ، كاشتراكات الصحف والدوريات واشتراكات النوادي والجمعيات واشتراكات المياه والكهرباء [١]. ومنها اشتراكات التأمين .

---

(١) محمد كامل مرسي ص ٤٨٥ المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٦ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأنْ :

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن اشتراكات التأمين تعد من الحقوق الدورية المتجددة التى تتقادم بخمس سنوات ، وأن الغرامات والفوائد التأخيرية تسقط معها بانقضاء هذه المدة باعتبارها من ملحقاتها ، والتقادم الخمسى للحقوق الدورية المتجددة المنصوص عليه فى المادة ٢٧٥ من القانون المدنى لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يرجع فى أساسه إلى تجنيب المدين عبء إثبات الوفاء بما تراكم من تلك الديون لو تركت بغير مطالبة تزيد على خمس سنوات ولذلك جعل له وفقا لهذا النص أن يتمسك بالتقادم بانقضاء هذه المدة ولو بعد إقراره بوجود الدين فى ذمته ".

(طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٥)

٣٠٠- سقوط الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية بالتقادم الطويل :

إذا كانت أجرة الأعيان تعتبر دورية متجددة ، فإن ريع العين المغصوبة لا يعتبر كذلك لأنه ليس دينا سنويا يتم الوفاء به بعد مضى كل سنة على حده ، بل هو دين يتقرر فى ذمة الغاصب فى جملته ، على اعتباره تعويضا لما فات الدائن من الانتفاع ، وعلى اعتبار الغاصب سئ النية ، فلا يستفيد إلا من التقادم الطويل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويراعى أن التزام الحائز سئ النية برد الثمرات لايعتبر من قبيل الديون الدورية أو المتجددة ، ولذلك نص على أن هذا الالتزام لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . ويسرى الحكم نفسه على الفوائد المتجمدة "[1].

ولما كان مصدر الدين هنا هو العمل غير المشروع ، فقد كان مقتضى ذلك أن تطبيق المادة ١٧٢ مدنى وهى تنص على تقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بأقصر الأجلين ، ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبشخص المسئول ، أو بخمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. ولكن المشرع رأى استبعاد التقادم الثلاثى حتى لايتقادم حق المالك فى الريع ، والريع بطبيعته دورى متجدد وإن لم يكن التزام الحائز به دينا دوريا متجددا ، بمدة أقل من مدة تقادم الديون

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص٣٠٥ – وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى فى ظل التقنين المدنى القديم إذ قضت **بتاريخ ١٩٣٨/٢/١٧ فى الطعن رقم ٦٤ لسنة ٧ ق بأن :**

" الحقوق التى تسقط المطالبة بها بمضى خمس سنوات مبينة فى المادة ٢١١ من القانون المدنى وهى المرتبات والفوائد والمعاشات والأجر . فما يجنيه الغاصب من غلة العين المغصوبة مما يعتبر إلزامه برده فى مقام التعويض عن حرمان صاحبها منها لا تسقط المطالبة به بمضى هذه المدة "

الدورية المتجددة وذلك رجوعا إلى القاعـدة العامـة فـى التقـادم المسقط[١].

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- (أ)- " المقرر وفقا للفقرة الثانيةمن المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن دعوى المطالبة بالريع عن الغصب باعتباره عملا غيـر مشروع لا تسقط إلا بمضى خمس عشرة سنة ومن ثم فإن التقـادم الذى يسرى على هذه المطالبة هو التقادم الطويل ولـيس التقـادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢مدنى ".

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

(ب)- " تطبيق المادتان ٩٧٨، ٩٧٩ من القانون المدنى يقتضى حتما التفريق بين الحائز حسن النية والحائز سئ النية عندبحث تملك ثمار العين التى يضع يده عليها فإن لكل حكما ، فالثمرة وهى الريع واجبة الرد إذا كان آخذها حائزاً سئ النية والحق فى المطالبة بهـا لا يسقط إلا بالتقادم الطويل عملا بنص الفقرة الثانية مـن المـادة ٣٧٥ من القانون المدنى ، أما إذا كان آخذها حائزاً للعين واقترنت حيازته بحسن نية فلا رد للثمرة " .

(طعن رقم ١٨١٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢١)

٢- " المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٣٧٥ من القانون المدنى أن دعوى المطالبـة بـالريع عـن

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣٧ .

الغصب باعتباره عملا غير مشروع لا تسقط إلا بمضـــى خمـــس عشرة سنة ومن ثم فإن التقادم الذى يسرى على هذه المطالبة هـــو التقادم الطويل .

(طعن رقم ٣٠٨ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣١)

٣٠١ـ الريع الواجب على ناظر الوقف أداؤه للمستحقين :

يتضح من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن المشرع قصد من سقوط الريع الواجب علـــى نـــاظر الوقـ ـف أداؤه للمســـتحقين بانقضاء خمس عشرة سنة حالة ما إذا استهلك ناظر الوقف علتـــه بتعديه أو تقصيره ، فيكون مسئولا عن فعله قبل المستحق .

فالفرض أن ناظر الوقف لا يطالب بصفته ناظرا بدين متجـــدد يستحق على الوقف فى مواعيد دورية ، وإنما هو طالب بصـــفته الشخصية بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية (١).

وكان مقتضى ذلك أن يخضع تقادم الريع للتقادم الثلاثى المقرر فى العمل غير المشروع عملا بالمادة ١٧٢ مدنى . إلا أن المشرع رأى إخضاعه للتقادم للطويل للحكمة ذاتها التى أخضع من أجلهـــا تقادم الريع المستحق فى ذمة الحائز سئ النية للتقادم الطويل

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣٧ - مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٥٠٢ ومابعدها

وقد جـاء بمذكرة المشـروع التمهيدى أنـه :

أما ما يثبت للمستحق فى الوقف من ديون فى ذمة الناظر فقـد حسم المشروع ما أثير من الخلاف فى القضاء بشأن تقادمه واختار ما قضت به محكمة الاستئناف الأهلية بدوائرها مجتمعة (٣ مـايو سنة ١٩٣٠ مج ر ٣١ ص ٢٧٤ رقم ١٠٦) . وقد بنت هذه المحكمة قضاءها على أن غلة الوقف تظل ملكا للمستحق ، ولايتقادم حقـه فيها ، ما بقيت مفرزة فى يد الناظر غير مختلطة بماله ، لأن هـذه اليد يد أمانة لا تملك . ولكن إذا كان الناظر قد استهلك هذه الغلـة بتعديه أو بتقصيره أصبح مسئولا عن فعله قبل المستحق ، وكـان لهذا أن يطالبه بحقه باعتباره دينا لا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة . وقد تقدم أن المشروع أجاز تقادم الديون المترتبة على الفعل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات فى بعض الصور ، وبانقضاء خمس عشرة سنة فى صور أخرى (المادة ٢٤٠) . بيد أنـه رئ استبعاد التقادم الثلاثى فى هذه الحالة ، حتى لا يتقادم دين المستحق فى الوقف بمدة أقل من مدد تقادم الديون الدورية المتجددة "[١].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٠٥ ومابعدها .

مـادة (٣٧٦)

تتقادم بخمس سنوات حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين ، على أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات .

الشـــرح

٣٠٢- سقوط حقوق بعض أصحاب المهن الحرة بالتقادم الخمسى :

تنص المادة على تقادم حقوق بعض أصحاب المهن الحرة بالتقادم الخمسى[(١)] .

وأصحاب هذه المهن هم : الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء ووكلاء التفليسة (أمناء التفليسة الآن) والسماسرة والأساتذة والمعلمين .

ونعرض لحقوق هؤلاء بالتفصيل فيما يلى :

---

(١) كانت المادة ٥١٥/١- أ من المشروع التمهيدى المقابلة للنص الراهن تنص على تقادم هذه الحقوق بسنة واحدة ، إلا أن مدة التقادم لهذه الحقوق عدلت إلى خمس سنوات بلجنة المراجعة ، وجعلت هذه الفقرة مادة مستقلة هى المادة ٣٧٦ من التقنين (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٢ ص ٣١١ ومابعدها) .

١- الأطباء :

يشمل لفظ (الطبيب) كل من يحمل مؤهلا علميا يخـول لـه ممارسة الطب فى أى فرع من فروعه ، سواء كان متخصصا أو غير متخصص ، فيدخل فى ذلك الأطباء البـاطنيون والجراحـون وأطباء العيون وأطباء النساء وأطباء الأسنان والبياطرة .

أما هؤلاء الذى لايحملون مؤهلا يخولهم ممارسة مهنة الطب ، كالأطباء النفسيين والممرضين والمولدات غير الطبيبات والمدربين على الألعاب الرياضية لأغراض صحية ، فلا يدخلون فـى عـداد الأطباء .

وتشمل حقوق الأطباء التى تسقط بمضى خمس سنوات . أجور زيارات المرضى ، وأجور العمليات الجراحية ، وكافة مـا يقدمـه الطبيب من أدوية ومستحضرات طبية لازمة لعـلاج المرضـى ، وكذلك ما يتكبده الطبيب من مصروفات أثناء العلاج كمصـروفات انتقال الطبيب والتحاليل ومصاريف إقامـة المـريض بالمستشـفى الخاصة بالطبيب لتكون تحت ملاحظته [١].

٢- الصيادلة :

المقصود بالصيادلة كل من يحمل إجازة علمية تخوله ممارسـة مهنة الصيدلة .

ويشمل تقادم حقوق الصيادلة ، أثمان الأدوية والعقاقير .

---

(١) السنهورى ص ٩٣٧ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٦٣ ومابعدها.

وكافة ما يقدمه الصيدلى لعميله من خدمات وما تكبده من مصروفات .

٣- المحامون :

تشمل حقوق المحامين أتعابهم المستحقة قبل موكليهم سواء كان متفقا عليها أو قدرت بمعرفة المحكمة .

وكذلك ما يدفعه المحامى من مصاريف ورسوم قضائية .

٤- المهندسون :

تشمل حقوق المهندسين أجورهم المستحقة فى ذمة عملائهم من أجل التصميمات التى يقومون بها أو الإشراف على تنفيذها ، وكافة ما يدفعونه لحساب عملائهم لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليهم .

٥- الخبراء :

يسرى التقادم الخمسى على الخبراء ، سواء كان الخبير استشاريا أو خبير منتدبا من المحكمة .

٦- أمناء التفليسة :

ويستحق أمين التفليسة أتعابه ومصاريفه التى ينفقها لصالح التفليسة من أموال التفليسة .

٧- السماسرة :

تشمل حقوق السماسرة أجورهم المتفق عليها مع عملائهم أو المقضى بها لهم قبلهم . وكذلك ما يبذلونه من مصاريف لصالح عملائهم .

٨- الأساتذة والمعلمون :

تشمل حقوق الأساتذة والمعلمون ، ما يستحقون من أجور على التدريس للطلبة أو التلاميذ، كأجور الـدروس الخاصـة والأجـور الدراسية فى المدارس الحرة .

كما تشمل ثمن الكتب والأدوات التى يصرفونها للطلبة أو التلاميذ ، وأيضا ثمن الأغذية التى تقدم لهم .

٣٠٢- ورود أصحاب المهن الحرة بالمادة على سبيل الحصر :

تعداد أصحاب المهن الحرة الوارد بالمادة جاء على سبيل الحصر . إذ يعتبر نص المادة ٣٧٦ استثناء من حكم المادة ٣٧٤ التى جعلت الأصل أن يكون التقادم بمضى خمس عشرة سنة ، ومن ثم لايجوز التوسع فيها ولا القياس عليها . فلا يسرى حكم التقادم الوارد بالمادة ٣٧٦ على غير من ذكروا بها كالمحاسبين والمترجمين والفنـانين وحق المؤلف قبل الناشر . وإنما تخضـع هـذه الحقـوق للتقـادم الطويل[١].

وقد خص المشرع هؤلاء دون غيرهم باعتبارهم أصحاب المهن البارزة [٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٥١٢ – مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٥٠٣ – عبد المنعم البدراوى ص ١٥٤ .

(٢) وكانت المادة ١/١٥١- أ من المشروع التمهيدى المقابلة للنص الحـالى بعد أن عددت أصحاب المهن أردفت " وبوجه عام حق كل من يزاول

٣٠٤- سريان التقادم على الحقوق التى تتصل بالمهنة :

يقتصر سريان التقادم الخمسى المنصوص عليه بالمادة على الحقوق التى تستحق لأصحاب المهن المذكورة فى مقابل عمل من أعمال مهنتهم ومما يتحملونه من نفقات تتعلق بهذا العمل كما ذكرنا. أما الحقوق التى لا تتصل بهذا العمل فلا يسرى عليها هذا التقادم الخمسى .

وقد جاء المشروع التمهيدى خلوا من عبارة " من أعمال مهنتهم" الواردة بالنص الحالى بعد عبارة " عما أورده من عمل " فأضافتها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ لدفع اللبس الذى يقع من إطلاق هذه العبارة الأخيرة [1].

٣٠٥- أساس التقادم :

يقوم هذا التقادم الخمسى على أساسين :

الأول : قرينة الوفاء ، لأن العادة قد جرت على أن هؤلاء الدائنين يتقاضون حقوقهم عقب انتهاء خدماتهم ، ولا يسكتون طويلا عن المطالبة بأجورهم لأنها مصدر معاشهم .

مهنة حرة "- إلا أنه عند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح سعادة الرئيس حذف العبارة المذكورة ، لأنه يخشى أن يفهم منها معنى الإطلاق فتشمل حالات لايمكن ضبطها . فوافقت اللجنة على ذلك " لأن هذا الإطلاق فى التعبير خطر وقد يسجل حالات لا يمكن ضبطها ولم تكن من غرض المشرع ".

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣١١ ومابعدها) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣١٣

فإذا مضى على استحقاقهم هذه الحقوق خمس سنوات ولم يطالبوا بها ، فالغالب أن ذلك يرجع إلى أنهم استوفوا هذه الحقوق ، وقل أن يحتفظ المدينون بمخالصات عن ديون مضى على استحقاقها أكثر من خمس سنوات . **الثانى** : أنه من الإرهاق لمدينى أصحاب المهن المذكورة أن يجبروا على دفع ديون مضت عليها هذه المدة وأهمل أصحابها فى المطالبة بها .

ويترتب على ذلك أنه يكفى أن يتمسك المدين بالتقادم الخمسى حتى ينقضى الدين ، ولا يصح أن يوجه إليه اليمين على أن ذمته لم تعد مشغولة بالدين [١].

---

(١) السنهورى ص٩٣٦ومابعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص٥٦٣ – المستشار أحمد على حسن ص ٣٠٧ – محمد على عمران ص ٢٧٤- محمد لبيب شنب ص ٤٠٠ وما بعدها . وعكس ذلك اسماعيل غانم ص ٤٣٨ – مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٥٠٣- عبد المنعم الصده ص ١٥٥ – سليمان مرقس ص ٥١٤ ويساند الدكتورسليمان مرقس الرأى العكس باشتراط المشرع فى خضوع هذه الحقوق للتقادم الخمسى عدم تحرير سند بها مما يفيد أنه يعتبر أساس هذا التقادم قرينة الوفاء . وأنه مما يعزز ذلك أن المشروع التمهيدى كان يجمع فى نص واحد (المادة ٥١٥ منه) بين هذه الحقوق وبين الحقوق التى تتقادم بسنة واحدة ، وكان يتطلب ممن يتمسك بتقادم أى من هذه الحقوق جميعا أن يحلف يمينا على أنه أدى الدين فعلا .
ويترتب على هذا الرأى أنه إذا أقر المدين بعدم الوفاء لم يجر له التمسك بهذا التقادم ، وكذلك إذا سلك أى مسلك يستفاد منه إقراره بعدم الوفاء كإنكاره الدين أو ادعائه الوفاء به وعجزه عن إثبات الوفاء أو تمسكه بالمقاصة مع عدم توافر شروطها (مرقس ص ٥١٤ - عبد المنعم البدراوى ص ١٥٥)

مـادة (٣٧٧)

١- تتقادم بثلاث سنوات[1] الضرائب والرسوم المستحقة

---

(١) عدلت المادة تعديلا ضمنيا بالمادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن الضرائب والرسوم بجعل مدة التقادم خمس سنوات .

والقانون المذكور نشر بالوقائع المصرية فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٣ - العدد ١٠٣ مكرر ٠٠ونصه الآتى :

مـادة ١- تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول .

مادة ٢- يبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق من يوم دفعها إلا إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد بموجب كتاب موصى عليه .

مادة ٣- يعتبر تنبيها قاطعا للتقادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات إذا سلم أحدها إلى الممول أو من ينوب عنه قانونا أو أرسل إليه بكتاب موصى عليه مع علم الوصول .

ويعتبر كذلك طلب رد ما دفع بغير وجه حق إذا أرسله الممول إلى الجهة المختصة بكتاب موصى عليه مع علم الوصول .

مادة ٤- على رئيس مجلس الوزراء والوزراء كل فيما يخصه تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية .

صدر بقصر الجمهورية فى ١٩ ربيع الثانى سنة ١٣٧٣ (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٣) .

وقد جاء بمذكرته الإيضاحية ما يأتى :

تقضى القاعدة العامة فى القانون المدنى (م٣٧٧) بتقادم الحق فى المطالبة بالضرائب والرسوم بثلاث سنوات ، ويستثنى من ذلك ما نص عليه فى قوانين خاصة ، وقد سارت القوانين الخاصة على تحديد مدة

التقادم بخمس سنوات من ذلك القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بشأن الضرائب المباشرة على دخل الثروة المنقولة ، والقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركات والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩بفرض ضريبة عامة على الإيراد والقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير رسم دمغة . وتؤدى إلى تحديد المدة فى هذه القوانين بخمس سنوات مراعاة ضغط العمل، مما يهدد حقوق الخزانة بالضياع إذا كانت مدة التقادم أقل من خمس سنوات ، وتحقيقا لهذه الغاية وتسوية بين الممولين الذين يخضعون لمختلف أنواع الضرائب و الرسوم رؤى تعميم النص بحيث يشمل كافة أنواع الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارىعام . وقد أعد مشروع القانون المرافق، ونص فى مادته الأولى على جعل مدة تقادم الضرائب والرسوم خمس سنوات ما لم ينص القانون على مدة أطول ، مراعاة لما قد تتضمنه القوانين الخاصة من مدة أطول .

وتنص المادة الثانية من هذا المشروع على ميعاد بدء التقادم بالنسبة لحق المطالبة بما دفع من الضرائب والرسوم بغير حق ، فنصت على أن يبدأ من يوم الدفع ، وهذا ما يقرره القانون المدنى ، وأضاف المشروع أنه إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقه فى الرد بموجب كتاب موصى عليه وهذا الحكم الجديد تمليه العدالة .

وتنص المادة الثالثة على بعض حالات تعتبر تنبيها قاطعا للتقادم وهى حالات أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات إذا سلم أحدها إلى الممول أو من ينوب عنه قانونا أو أرسلت إليه بكتاب موصى عليه مع علم الوصول المرسل من الممول إلى الجهات المختصة بطلب رد ما دفع بغير حق قاطعا للتقادم .

للدولة ، ويبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

٢- ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها .

٣- ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة .

الشرح

تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة :

٣٠٦ـ تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمضى خمس سنوات :

كانت الفقرة الأولى من المادة تنص على أن تتقادم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة . إلا أنه صدر القانون

ومفهوم أن ما لم ينص عليه فى هذا القانون من أحكام متروك لقواعد القانون المدنى أو القوانين الخاصة بحسب الأحوال .

ويتشرف وزيرا العدل والمالية والاقتصاد بعرض المشروع على مجلس الوزراء للتفضل بالموافقة عليه فى الصيغة التى أقرها مجلس الدولة .

وزير العدل وزير المالية والاقتصاد

رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن الضرائب والرسوم ونصت مادته الأولى على أن تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول . من ثم فإن هذه المادة تكون- كما ذكرنا سلفا - قد عدلت المادة ٣٧٧ مدنى تعديلا ضمنيا فيما يتعلق بمدة التقادم وأصبحت مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة خمس سنوات ما لم ينص القانون على مدة أطول فطالما لم يرد نص مخالف تكون مدة التقادم فى الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة خمس سنوات (١).

---

(١) من النصوص الخاصة التى يشير إليها نص المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ ما يأتى :

١- الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ فى شأن الضريبة على إيرادات القيم المنقولة والأرباح التجارية والصناعية وكسب العمل ، وهى تقضى بسقوط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بموجب هذا القانون بمضى خمس سنوات . ثم عدلت هذه المدة إلى عشر سنوات بموجب القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالنسبة إلى الضرائب المستحقة عن سنوات ١٩٣٨ - ١٩٤٠ . وتبدأ المدة من وقت وضع الإيراد تحت تصرف الممول . ولا تنقطع بخطاب موصى عليه من مصلحة الضرائب ، ولكن بصدور الورد على النموذج رقم ٤ ضرائب .

٢- ينص القانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ بشأن الضرائب على الدخل فى الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن يسقط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات ... الخ " .

والتقادم الخمسى يشمل تقادم الضريبة العقارية وكسب العمل والمهن الحرة والأسهم والسندات والأموال المنقولة والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب .

ويشمل كذلك الرسوم المستحقة للدولة كرسم التمغة ورسوم البريد ورسوم القضايا والأوراق القضائية ورسوم التسجيل .

٣٠٧ـ أمثلة من قضاء محكمة النقض للضرائب والرسوم التى تخضع للتقادم الخمسى :

(أ) رسم التسجيل :

١- " الرسم بصفة عامة هو مبلغ من النقود تجبيه الدولة جبرا من شخص معين مقابل خدمة تؤديها له السلطة العامة وإذ كان هذا التعريف يصدق على رسم التسجيل باعتبار أنه مقابل خدمة خاصة هى شهر المحررات المطلوب تسجيلها فإن هذا الرسم يصبح مستحق الأداء للدولة بمجرد القيام بتلك الخدمة وتستطيع الدولة حينئذ أن تطالب به ولايقدح فى ذلك أن يكون الرسم المستحق غير ممكن تحديده ابتداء بصفة نهائية إذ لا تعارض بين ذلك وبين استحقاقه " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٩)

(ب) الرسوم القضائية :

قضت محكمة النقض بأن :

" الرسوم القضائية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة هى نوع من الرسوم المستحقة للدولة، فتدخل فى مدلولها وعمومها ،

وإذ تنص المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ على أنه " تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول " فإنه يتعين القول بأنه من تاريخ العمل بهذا القانون فى ٢٦ ديسمبر ١٩٥٣ وبحكم عمومه وإطلاقه أصبحت الرسوم القضائية تتقادم بخمس سنوات بعد أن كانت تتقادم بثلاث سنوات طبقا لنص المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ".

(طعن رقم ٩١٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٣/١)

(ج) الضريبة العقارية :

قضت محكمة النقض بأن :

" تنص المادة الأولى من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم على أن " تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول " وتنص المادة ٣٧٧ من القانون المدنى على أن " ... يبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى يستحق عنها .. ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة " وإذ خلا القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير إيجار الأراضى الزراعية والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة من تحديد تاريخ بدء التقادم فى الضريبة العقارية فإنه يتحتم الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة ،

إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتقادم الضـريبة العقارية على الأطيان الزراعية المملوكة للمطعون ضدهم فى المدة من ١٩٦٥/١/١ إلى ١٩٦٥/١٢/٣١ برغم إعلانهم بربطهـا فـى غضون عام ١٩٧٠ وقبل اكتمال مدة التقادم فإنه يكون قد خـالف القانون وأخطأ فى تطبيقه ".

(طعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١)

(د) الرسوم الجمركية :

قضت محكمة النقض بأن :

" الأفعال التى عبرت عنها اللائحة الجمركية والقوانين الملحقة بها بتهريب البضائع ، ووسائل النقـل أو تصـديرها أو محاولـة إخراجها بغير ترخيص سابق من جهات الاختصاص لا تعـد مـن قبيل الأفعال الجنائية التى يتحدد سقوط الدعوى التى ترفـع عنهـا بالمدد المقررة في المواد الجنائية طبقا لأحكام قانون تحقيق الجنايات وقانون الإجراءات الجنائية الذى أعقبه ، وإنما ينطبق علـى هـذه الأفعال أحكام تقادم الالتزام المقررة بالقـانون المـدنى إذ أن ممـا يستهدفه المشرع من مجموع الأحكام المتعلقة بالأفعال المشار إليها هو مجرد الحصول على الرسوم المقررة وتعويض مجز يستحث به الأفراد على دفع الرسم ومباشرة حقوقهم فى الحدود التى نظمت لهم بغير إضرار بالخزانة العامة " .

(طعن رقم ٢٧٦ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٠/٢٩)

٣٠٨- أساس التقادم :

لايقوم تقادم الدين الضريبي الخمسى على قرينة الوفاء ، وإنما يقوم على عدم إرهاق المدين وإثقال كاهلة بتراكم الديون عليه ، ومن ثم يجوز التمسك به ولو بدأ المدين بالمنازعة فى التزامه بها أو أقر أنه لم يوف بها [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" التقادم فى الضرائب والرسوم لا يقوم على قرينة الوفاء وإنما يقوم على عدم إرهاق المدين وإثقال كاهلة بتراكم الديون عليه ، وإذن فليس فى القانون ما يمنع من التمسك بتقادم الرسوم المطالب بها رغم المنازعة فى الالتزام بها والامتناع عن دفعها " .

(طعن رقم ١١١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/٣)

٣٠٩- بدء سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية :

يبدأ سريان التقادم الخمسى فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى تستحق عنها بأحكام النصوص الواردة .

ويبدأ التقادم في الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء المرافعة فى الدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، أو من تاريخ تحريرها إذا لم تحصل مرافعة .

---

(١) اسماعيل غانم ص ٤٣٩ - المستشار مصطفى عدوى ومحمد محى الدين إبراهيم ص ٥٠٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " الرسم بصفة عامة هو مبلغ من النقود تجبيه الدولة جبرا من شخص معين مقابل خدمة تؤديها السلطة العامة وإذ كان هذا التعريف يصدق على رسم التسجيل باعتبار أنه مقابل خدمة خاصة هى شهر المحررات المطلوب تسجيلها فإن هذا الرسم يصبح مستحق الأداء بمجرد القيام بتلك الخدمة وتستطيع الدولة حينئذ أن تطالب به ولا يقدح فى ذلك أن يكون الرسم المستحق غير ممكن تحديده ابتداء بصفة نهائية إذ لا تعارض بين ذلك وبين استحقاقه " .

(ب)- " إذ كانت المادة ٣٧٧ من القانون المدنى تنص على أن تتقادم بثلاث سنوات الرسوم المستحقة للدولة وكانت المادة ٣٨١ من القانون المذكور تنص على أنه لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء وإذ لم يرد بشأن رسوم التسجيل نص خاص يقضى ببدء سريانها من تاريخ آخر غير تاريخ استحقاقها فإن سريان التقادم بالنسبة لهذه الرسوم يبدأ من اليوم الذى تصبح فيه مستحقة الأداء وفقا للقاعدة الواردة فى المادة ٣٨١ من القانون المدنى . فإذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن عقد التخارج المطلوب الرسم التكميلى عنه قد أشهر فإن رسم التسجيل المستحق عنه قد أصبح مستحق الأداء بتمام مقابله وهو شهر العقد ومنه يبدأ تقادم ذلك الدين "الرسم" ".

(ج)- "متى كانت مدة التقادم قد اكتملت قبل العمل بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى عدل مـدة تقـادم الضـرائب والرسـوم المستحقة للدولة وجعلها خمس سنوات بدلا من ثـلاث فـإن هـذا القانون لاينطبق ولا يؤثر فى اكتمال التقادم بمضى ثلاث سنوات ".

(د)- لا يعتبر ندب مصلحة الشهر العقـارى خبيـرا لتقـدير الرسوم إجراء قاطعا للتقادم لأنه ليس موجها إلى المدين حتى يقطع التقادم لمصلحة الدائن كما أنه لا يعدوأن يكون إجراء من إجراءات تقدير الرسوم وهو بعد لا يعتبر من أسباب قطع التقادم الواردة على سبيل الحصر فى المادتين ٣٨٣ ، ٣٨٤ من القانون المدنى . كمـا أن رفع المعارضة فى تقدير الخبير لا يعتبر إجراء قاطعا للتقادم . إذ فضلا عن أنها ليست من أسباب قطع التقادم المنصوص عليهـا فى المادة ٣٨٣ من القانون المدنى فإنها إجراء صادر من المـدين وليس من الدائن وطبقا لنص المادة ٣٨٤ من القـانون المـدنى لا ينقطع التقادم بإجراء صادر من المدين إلا إذا كان ما هـو صـادر منه يعتبر إقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن . ولما كانت هـذه المعارضة تتضمن إنكارا لحق الدائن لا إقرارا به فإنـه لا تقطـع التقادم و إنما تعتبر موقفة لسريان التقادم عند حساب مدته باعتبارها مانعا يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه حسبما تقضى المـادة ٣٨٢ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٤٢ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/٩)

٢- " تنص المادة الأولى من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم على أن "تتقادم بخمس سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة أو لأى شخص اعتبارى عام ما لم ينص القانون على مدة أطول " وتنص المادة ٣٧٧ من القانون المدنى على أن " ... يبدأ سريان التقادم فى الضرائب والرسوم السنوية من نهاية السنة التى يستحق عنها ...ولا تخل الأحكام السابقة بأحكام النصوص الواردة فى القوانين الخاصة " وإذ خلا القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٣٥ الخاص بتقدير إيجار الأراضى الزراعية والقانون رقم ١١٣ لسنة ١٩٣٩ الخاص بضريبة الأطيان من تحديد تاريخ بدء التقادم فى الضريبة العقارية فإنه يتحتم الرجوع فى ذلك إلى القواعد العامة ، إذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بتقادم الضريبة العقارية على الأطيان الزراعية المملوكة للمطعون ضدهم فى المدة من ١٩٦٥/١/١ إلى ١٩٦٥/٢/٣١ برغم إعلانهم بربطها فى غضون عام ١٩٧٠ وقبل اكتمال مدة التقادم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه " .

(طعن رقم ٦٠٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٢١)

٣١٠- تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق :

تنص الفقرة الثانية من المادة (٣٧٧) على أن : " ويتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ التقادم من يوم دفعها " .

وطبقا للفقرة الثالثة لا يخل الحكم المتقدم بأحكـام النصـوص الواردة فى القوانين الخاصة .

والملاحظ أن القانون رقـم ٦٤٦ لسـنة ١٩٥٣ بشـأن تقـادم الضرائب والرسوم لم يعدل مدة ثلاث السنوات سالفة الذكر ، كمـا فعل بالنسبة لتقادم الضرائب والرسوم .

غير أن المادة الثانية منه نصت على أن يبدأ سريان تقادم الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق من يـوم دفعها إلا إذا ظهر الحق فى طلب الرد بعد إجراءات اتخذتها الجهة التى قامت بالتحصيل فيبدأ التقادم من تاريخ إخطار الممول بحقـه فى الرد بموجب كتاب موصى عليه .

ونصت المادة الثالثة منه على أن يعتبر تنبيها قاطعـا للتقـادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات إذا سـلم أحدها إلى الممول أو من ينوب عنه قانونا أو أرسل إليـه بكتـاب موصى عليه مع علم الوصول .

ويعتبر كذلك طلب رد ما دفع بغير وجه إذا أرسله الممول إلى الجهة المختصة بكتاب موصى عليه مع علم الوصول .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لم ينسخ القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ نص الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى فيما تضمنه من تقادم الحق فـى

المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق بثلاث سنوات وإن كانت المادة الثانية من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ قد نصت على مبدأ سريان هذا التقادم وبذلك تكون مدة تقادم الحق فى استرداد هذه الضرائب والرسوم باقية على أصلها ولم يعدلها القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ ".

(طعن رقم ٩٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٧)

٢- " نص المادة ٣/٢ من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم أضاف إلى أسباب قطع التقادم الواردة فى القانون المدنى سببا جديدا هو ، توجيه الممول إلى المصلحة المدينة كتاب موصى عليه مع علم الوصول يطالبها فيه برد ما حصلته منه بغيرحق، والغرض من اشتراط أن يكون هذا الكتاب موصى عليه ، إنما هو ضمان وصول الطلب إلى الجهة المدينة ، وأن يكون علم الوصول هو سبيل إثباته عند الإنكار ، وكل ورقة تصدر من الجهة المدينة و تدل على وصول كتاب المطالبة إليها تتحقق بها الغاية من علم الوصول ، ويكون فيها الغناء عنه مما تعتبر معه الطالبة فى هذه الصورة تنبيها قاطعا للتقادم" .

(طعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/١/٢٢)

٣- " اعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ - فى شأن تقادم الضرائب والرسوم - تنبيها قاطعا للتقادم أوراد

الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن إخطار الممول بعناصر ربط الضريبة على النموذج رقم ١٨ ضرائب هو مما ينقطع به تقادم الضريبة .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٠)

٤- (أ)- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى على أنه " يتقادم بثلاث سنوات أيضا الحق فى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق ، ويبدأ سريان التقادم من يوم دفعها " . يدل على أنه يشترط لتطبيق حكم هذه الفقرة أن يكون المبلغ الذى حصلته الدولة قد دفع باعتباره ضريبة أو رسما وأن يكون تحصيله قد تم بغير وجه حق . ولما كانت مصلحة الجمارك إذ حصلت من الشركة المطعون عليها - شركة الطيران- المبالغ المطالب بردها باعتبارها رسوما جمركية إعمالا لأحكام اللائحة الجمركية الصادر بها الأمر العالى المؤرخ فى ١٨٨٤/٤/٢ السارية وقتذاك ، فتكون قد حصلتها بحق استنادا إلى أحكام اللائحة المذكورة ، و ذلك إلى أن أعفيت منها الشركة بموجب قرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٤٨/٢/١ " .

(ب)- " إذا كان من شأن تطبيق قرار مجلس الوزراء الصادر فى ١٩٤٨/٢/١ أن يكون للمطعون عليها - شركة الطيران- حق استرداد ما دفع من تاريخ استئنافها العمل فى ١٩٤٥/١١/١٠ ، فلا يصح أن تواجه المطعون عليها بحكم المادة ٢/٣٧٧ من القانون

المدنى حتى تاريخ صدور القرار ، لأن ما حصل حتى هذا التاريخ إنما حصل بحق ، ولكن بقاءه تحت يد مصلحة الجمارك أصبح بعد صدور القرار المذكور بغير سند ، ولذلك يصبح دينا عاديا يسقط الحق فى اقتضائه بمدة التقادم المقررة فى القانون المدنى ، ولايجوز قياس حالة ما تحصله المصلحة بغير حق وقت تحصيله ، بما يصبح بمقتضى قرار لاحق من مجلس الوزراء واجب الرد ، ذلك أن نص المادة ٢/٣٧٧ من القانون المدنى ، هو نص استثنائى لا يجوز التوسع فيه بطريق القياس ، ولما كان الثابت فى الدعوى أن هذه المدة وهى خمسة عشر عاما لم تكن قد اكتملت من تاريخ صدور قرار المجلس، فى ١٩٤٨/٢/١ حتى رفع الدعوى فى٥ و١٩٥٦/٧/١٢ فإن الحق فى الرسوم المطالب بردها عن الفترة من ١٩٤٥/١١/١٠ حتى ١٩٤٨/١/٣١ وهو اليوم السابق على صدور قرار المجلس لا يكون قد سقط بالتقادم ".

(ج)- " إذا كانت الرسوم الجمركية المطالبة بردها قد تم تحصيلها - بعد صدور قرار مجلس الوزراء بالإعفاء - بغير وجه حق ، فإن الحق فى استردادها يتقادم بثلاث سنوات تبدأ من يوم دفعها تطبيقا لنص المادة ٢/٣٧٧ من القانون المدنى".

(د)- " تقادم الحق فى استرداد الرسوم الجمركية- محل النزاع - لايقطعه قيام مصلحة الجمارك برد جزء من الرسوم الجمركية التى اقتضتها على مواد الوقود والزيت ، إذ هى بخلاف الرسوم

موضوع النزاع المحصلة عن مواد أخرى ، فتعتبر دينا مستقلا بذاته عن الرسوم المحصلة على المواد الأولى ، وبالتالى فإن سداد الرسوم الأخيرة لا يقطع التقادم بالنسبة للرسوم المتنازع عليها ".

(هـ) – لا يقطع التقادم – المسقط – إرسال الشركة المطعون عليها إلى مصلحة الجمارك الخطابين المؤرخين ١٩٥٢/١٠/١٣ و١٩٥٤/٤/٢٤ للمطالبة بالرسوم موضوع النزاع – الرسوم الجمركية المحصلة بغير وجه حق – ذلك أن أولهما أرسل قبل صدور القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ الذى اعتبر الكتاب الموصى عليه مع علم الوصول المرسل من الممول إلى الجهات المختصة بطلب رد مادفع بغير حق قاطعا للتقادم ، أما الخطاب الثانى فقد أرسل بعد أن اكتملت مدة التقادم " .

(طعن رقم ٢١٥ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٣/٣/٢٨)

٥- " مفاد ما ورد بالمادة الثالثة من القانون ٦٤٦ سنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم يعد سببا جديدا من أسباب قطع التقادم يضاف إلى الأسباب العامة الواردة فى المادتين ٣٨٣ ، ٣٨٤ من التقنين المدنى ، وأنه إن كان قد ورد فى عجز المادة الثالثة سالفة الذكر أن طلب الممول رد ما دفع منه بغير حق ينبغى- لكى يكون إجراءا قاطعا للتقادم-أن يرسل إلى الجهة المختصة بكتاب موصى عليه بعلم الوصول فإن مقصود الشارع

من اشتراك الموصى عليه هو ضمان وصول الطلب إلى الجهة المعنية وأما علم الوصول فهو دليل إثبات الراسل عند الإنكار وينبنى على ذلك أن كل ورقة تصدر من الجهة المعنية وتدل على إرسال ووصول كتاب المطالبة إليها تتحقق به الغاية من علم الوصول ويكون فيه الغناء عنه مما تعتبر معه المطالبة فى هذه الصورة تنبيها فى حكم القانون ٦٤٦ سنة ١٩٥٣ وقاطعة للتقادم" .

(طعن رقم ٥٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٨)

٣١١- أمثلة من قضاء محكمة النقض الصادر فى تقادم الضرائب فى القوانين الخاصة :

قضت محكمة النقض بأن :

١- (أ)- " لما كانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ تنص على انه " يسقط حق الحكومة فى المطالبة بما هو مستحق لها بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات " وقد عدلت مدة السقوط إلى عشر سنوات بالنسبة لسنوات ١٩٣٨ ، ١٩٣٩ ، ١٩٤٠ بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧- وكان لم يرد فى هذا النص تحديد لمبدأ مدة سقوط الحق فى المطالبة بدين الضريبة فإنه يتعين - وفقا للأحكام العامة للقانون- أن لا تبتدئ مدة سقوط الحق فى المطالبة بهذا الدين إلا من تاريخ وجوبه فى ذمة المدين - فإذا كان وجوبه مؤجلا أو معلقا على

شرط فميعاد سقوطه بالتقادم إنما يبدأ من يوم حلول الأجل أو تحقق الشرط ولما كان الممول لا يعتبر مدينا للخزانة العامة إلا من اللحظة التى تتولد فيها الواقعة المنشئة لها إذ من هذه اللحظة تشتغل بها ذمته ويجوز مطالبته بها قضاء ، وكانت الواقعة المنشئة للضريبة تولد مع ميلاد الإيراد الخاضع لها وهى فى خصوص الضريبة على إيرادات القيم المنقولة ، وضع الإيراد تحت تصرف صاحب الشأن إذ وضع الربح المحمل بالضريبة تحت تصرف الممول هو وحده الذى يجعل الدين واجبا فى ذمته ومستحق الأداء للخزانة العامة ولا عبرة فى هذا المقام بالتواريخ التى تصدر فيها قرارات التوزيع إذ لم يقترن بها وضع الإيراد تحت تصرف صاحبه ، وكذلك لا عبرة بالتاريخ الذى يتم فيه قبض ذلك الإيراد فعلا إذا لم يطابق تاريخ وضعه تحت تصرفه - لأنه فى الحالة الأولى لا يكون الإيراد فى متناول صاحبه وفى الحالة الثانية يكون الإيراد فى متناول صاحبه من يوم وضعه تحت تصرفه ولا عبرة بتاريخ قبضه فعلا ، لما كان ذلك يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه وأقام عليه قضاءه من أن الضريبة المتنازع فيها تستحق من تاريخ قرار الجمعية العمومية للشركة المطعون عليها بتوزيع حصص الأرباح للمساهمين وإن كان صحيحا فيما يختص بالمبلغ الذى قررت الجمعية العمومية توزيعه من تاريخ هذا القرار

إلا أنه مخالف للقانون فيما يختص بالمبلغ الذى قــررت الجمعيــة العمومية توزيعه على المساهمين إبتداء من تــاريخ لاحــق وهــو التاريخ الذى يعتبر فيه هــذا المبلــغ موضــوعا تحــت تصــرف المساهمين مما كان يتعين معه على المحكمة أن تجعله مبدأ لميعــاد التقادم المسقط لحق المطالبة ومن ثم يتعين نقض الحكم فــى هــذا الخصوص ".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

(ب)- " القول بأن التقادم المسقط لحق الحكومة فــى المطالبــة بدين الضريبة لا يبدأ إلا من وقت علم مصــلحة الضــرائب عــن طريق الشركة المطعون عليها بالإيرادات الخاضعة للضــريبة أى وقت ورود القرارات المفروض على المطعون عليها تقديمها ، هذا القول مردود بأن المادة ٩ من القانون رقــم ١٤ لســنة ١٩٣٩ إذا أوجبت على كل شركة أو منشأة أن تقدم إلى مصــلحة الضــرائب القرارات التى تصدرها الجمعية العمومية وكذلك القــرارات التــى تصدر من مجلس الإدارة خاصة بتوزيع الأرباح وذلك فى ميعــاد ثلاثين يوما من تاريخ صدورها لم ترفــع عــن عــاتق مصــلحة الضرائب واجب حصر الممولين وفحص حالاتهم لتقدير أربــاحهم أو إيراداتهم ثم ربط الضريبة عليهم عملا بالفقرة الثالثة من المــادة ١١ من القانون المذكور الأمر الذى لا يمكن أن يســتفاد منــه أن الشارع إذ أوجب إخطار مصلحة الضرائب بقرارات توزيع الأرباح

قصد أن يجعل من هذا الإخطار مبدأ لسقوط الحق في اقتضاء الضريبة . إذ هو لايعدو أن يكون إعلاما بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة ، أما تحقق وجودها فإنه كان قد تم من قبل وضعها تحت تصرف المساهمين ".

(طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢٥)

٢- " التقادم المسقط لحق الممول في المطالبة برد المبالغ التى حصلتها منه مصلحة الضرائب بغير حق وفقا لنص المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ لا يبدأ إلا من تاريخ إعلانه بالضريبة التى ربطت عليه إذ من هذا التاريخ فقط يتحقق علمه بمبلغ الضريبة الواجب عليه أداؤها مقدار ما أخذ منه بغير حق ".

(طعن رقم ٤٠٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/١٦/٢٥)

٣- (أ)- " إنه يبين من نصوص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٣ والقرارات الوزارية الصادرة تنفيذا لهما أن المشرع إنما يهدف إلى التيسير على الممولين ، فلم يفرض عليهم قاعدة ثابتة لتعيين الربح الاستثنائى الخاضع للضريبة الخاصة ، إنما ترك لهما الخيار بين طريقتين إما ربح سنة يختارها الممول من السنوات ١٩٣٧، ١٩٣٨، ١٩٣٩ أو من السنوات المالية للمنشأة التى انتهت فى خلال الثلاث سنوات المذكورة وإما

١٢% من رأس المال الحقيقى المستثمر ، إلا أنه لم يجز فى نص من نصوص للممول أن يجمع بين الطريقتين السالف بيانهما فيختار إحداهما لتطبق على سنوات معينة ويختار الأخرى لتطبق على سنوات غيرها وهو إذ ألزم كل ممول بالتبليغ عن اختياره فى تاريخ معين وإلا سقط الحق فى الاختيار وحوسب على أرباحه الاستثنائية على أساس أن رقم المقارنة هو ١٢% من رأس المال الحقيقى المستثمر – فإن هذا الاختيار يقع مرة واحدة فى المواعيد المحددة ولا يتجدد سنويا كما هو الشأن فى التبليغ عن الأرباح التجارية والصناعية . وإذن فمتى كان الممول قد اختار فى ٢٨ من فبراير سنة ١٩٤٤ أرباحه عن سنة ١٩٣٩ رقما للمقارنة فإن هذا الاختيار يشمل السنوات السابقة عليه ومنها سنتا ١٩٤٠ و ١٩٤١ محل النزاع ولا يغير من هذا النظر أن يكون قد أورد فى طلبه أنه أختار رقم المقارنة المذكور ليكون أساسا لاحتساب ضريبة الأرباح الاستثنائية الخاصة عن أرباحه فى سنتى ١٩٤٢ و ١٩٤٣ أو أن يكون قد دفع قيمة الضريبة عن سنتى ١٩٤٠، ١٩٤١ على أساس ١٢% من رأس المال الحقيقى المستثمر ، إذ أن اختياره لرقم المقارنة عملا بنص القانون ر ق ٨٧ لسنة ١٩٤٣ يجب أن يسرى على جميع السنوات ".

(ب)- " يشترط لتطبيق حكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ التى تقضى بسقوط حق الممول فى المطالبة برد الضرائب المتحصلة منه بغير حق بمضى سنتين فيما عدا الأحوال المنصوص عليها فى المواد ٤٥ ، ٤٧، ٧٥ من هذا القانون أن يكون المبلغ الذى حصلته مصلحة الضرائب دفع من الممول باعتباره ضريبة ، وأن يكون تحصيله قد تم بغير حق . وإذن فمتى كانت مصلحة الضرائب إذ حصلت من الممول الضريبة المقررة على أرباحه الاستثنائية فى سنتى ١٩٤٠ ، ١٩٤١ إعمالا لنص القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ السارى وقت ذلك إنما حصلتها بحق استنادا إلى نص القانون المذكور ، وكان من شأن تطبيق القانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٤٣ أن يكون له حق استرداد ما دفع ، فلا يصبح أن يواجه بحكم المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، بل يصبح حقه ديناً عاديا ولايسقط الحق فى اقتضائه إلا بمضى مدة السقوط المقررة فى القانون المدنى".

(طعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٢/٣)

٤- " يبدأ ميعاد التقادم القصير الذى تقرره المادة ١٠٤ من قانون التجارة فى دعوى مسئولية أمين النقل من التاريخ الذى يجب أن يتم فيه النقل " .

(طعن رقم ٤٠٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٣١)

٥- " مؤدى المادتين ٤٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ قبل تعديلها القانون رقم ٢٥٣ لسنة ١٩٥٣، ٥٨ من ذات القانون أن مصلحة الضرائب لا تستطيع مطالبة الممول بالضريبة عن أرباحه إلا بعد مضى شهرين من انتهاء سنته المالية ، وإنه إذا توقفت المنشأة عن العمل ولم تخطر مصلحة الضرائب بذلك فإن موقف المصلحة إزاء المنشأة لا يتغير إذ يمتنع عليها مطالبة المنشأة بدين الضريبة عن أرباحها إلا بعد شهرين من انتهاء سنتها المالية ، وبالتالى فإن التقادم المسقط لدين هذه الضريبة لا يبدأ سريانه إلا من هذا دون اعتبار لتوقف المنشأة عن العمل وإذ كان التوقف يرجع إلى وفاة الشريك المتضامن فإنه لا يعتد فى صدد تحديد بدء التقادم بتاريخ التوقف المترتب على الوفاة مادامت لم تخطر به المصلحة ولا يؤثر فى ذلك أن تكون المصلحة قد علمت بالوفاة فى تاريخ لاحق للشهرين التاليين لانتهاء السنة المالية ".

(طعن رقم ٣٣١ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٩/١٢/١٧)

٦- (أ)- " جرى قضاء محكمة النقض على أنه فى الفترة السابقة على تاريخ العمل بالقانون ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ لم يكن أى من النموذجين ١٩، ٢٠ ضرائب يتضمن إخطارا من المأمورية للممول بتحديد عناصر الضريبة أو بربطها . وأن ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٣٤٩ سنة ١٩٥٢ من أن التقادم

ينقطع بإخطار الممول بعناصر ربط الضريبة أو بربطها فى الفترة ما بين أول يناير سنة ١٩٤٨ وآخر ديسمبر سنة ١٩٥٢ لا يمكن أن ينصرف إلا إلى الفترة اللاحقة لتاريخ العمل بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ . وأما فى الفترة السابقة فإن الإجراء القاطع للتقادم يتمثل فى إخطار الممول من قبل المصلحة بربط الضريبة بعد حصول الاتفاق عليها أو بعد صدور قرار لجنة التقدير ".

(ب)- " إحالة النزاع بشأن الأرباح إلى لجنة التقدير لا تعتبر بمثابة الإحالة إلى لجنة الطعن التى نصت المادة ٩٧ مكررة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ على أنها تقطع التقادم ومن ثم فلا تجرى مجراها ولا يقاس عليها ".

(طعن رقم ٢٦٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٢٢)

٧- (أ)- " عبء الالتزام بالرسم البلدى المقرر على الملاهى إنما يقع على أصحابها ومستغليها وليس على روادها من الجمهور شأنه فى ذلك شأن سائر رسوم البلدية المقررة على باقى المحال والعقارات والأشياء المبينة فى المادة ٢٣ من القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤٤ ، ولا يقدح فى صحة هذا النظر كون الرسوم على الملاهى تحدد على أسس مغايرة للأسس التى اتبعت فى تحديد الرسوم على غيرها من المحال المذكورة وبواقع نسبة مئوية من الثمن الأصلى لتذاكر الدخول ذلك أن هذه المغايرة أمر يقتضيه

اختلاف أوجه الاستغلال فى كل منها وليس فى تلك المغايرة دلالـة على أن عبء الالتزام بالرسم البلدى على الملاهى يقع على عـاتق الرواد – ولا وجه للتحدى بأن عبء الالتزام بضـريبة الملاهـى المقررة بالمرسوم بقانون ٨٥ لسنة ١٩٣٣ يقع على الجمهور ذلـك أن نصوص هذا القانون صريحة فى تقرير ذلك ، وهذه الضـريبة تختلف عن الرسم البلدى فى طبيعة التكليف المالى المفروض فـى كليهما ولا يعتبر الرسم تابعا للضريبة حتى يأخذ حكمهـا بطريـق التبعية أو القياس " .

(ب)- " وعاء ضريبة الملاهى – على ما تقضى بـه المـادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٨٥ لسـنة ١٩٣٣- هـو أجـرة الدخول أو أجرة المكان فى محال الفرجة . وهذه الأجـرة تشـمل جميع ما يدفعه الجمهور نظير دخوله الملهى ، ومن ثم فـإذا قـام المستغل للملهى بتحصيل الرسم البلدى المقرر مع ثمن التذكرة من جمهور الرواد فإن هذا الرسم يعتبر بهذه المثابة من ضمن أجـرة الدخول وتسرى عليه بالتالى ضريبة الملاهى ".

(ج)- " لمصلحة الأموال المقررة استنادا إلى المـادة ١٢ مـن المرسوم بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٣٣ مطالبة المسـتغلين لمحـال الفرجة والملاهى بتكملة كل فرق يتضح بين المستحق من الضريبة

وما حصل منها فعلا ، ولا يحـول دون ذلـك خطـأ المصـلحة باعتمادها لتذاكر الدخول المبين عليها قيمة الرسم البلدى ذلـك أن هذا الخطأ لا يكسب المستغل أى حق ولا يمنع من مطالبتها بفرق الضريبة المستحقة وفقا للقانون إذ لا يجوز الإعفاء من الضريبة أو تخفيضها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون" .

(و)- " الأمر العالى الصادر فى ٢٥ مارس سـنة ١٨٨٠ لـم يستلزم بالنسبة للبيان الخاص بالمبالغ المراد التنفيـذ مـن أجلهـا اشتمال ورقة التنبيه والإنذار على مقدار المبالغ المسـتحقة دون أى تفصيل آخر لها " .

(هـ)- " تنص المادة السابعة من المرسوم بقـانون رقـم ٨٥ لسنة ١٩٣٣ على أنه " يجب على أصحاب المحال أن يوردوا فـى اليوم التالى لكل حفلة إلى أقرب خزانة تابعة لوزارة المالية جميـع المبالغ المتحصلة من الضريبة على الدخول أو أجر الأمكنة " كما تنص المادة ١٢ على أنه " يجب على المستغلين تكملة كـل فـرق بالنقص بين المستحق من الضريبة وبين المـودع بخزانـة وزارة المالية وذلك فى ظرف ٢٤ ساعة من تاريخ الإخطار الذى يرسـل إليهم بذلك " . ومفاد ذلك أن ضريبة الملاهى ليست من الضـرائب السنوية التى يبدأ سريان التقادم فيها من نهاية السنة التـى تسـتحق

فيها وبالتالى فإنه طبقا للقانون رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ والمادتين ٣٧٧ فقرة أولى و ٣٨١ من القانون المدنى القائم يسقط الحق فى المطالبة بالمستحق من ضريبة الملاهى بمضى ثلاث سنين ميلادية من تاريخ استحقاقها ".

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٣/١١/٢٨)

٨- " فى خصوص الضريبة على الأرباح التجارية لا تستطيع مصلحة الضرائب مطالبة الممول بالضريبة على أرباحه إلا بعد مضى شهرين من انتهاء سنته المالية ، وفى حالة توقف المنشأة عن العمل وعدم إخطار المصلحة به فإن موقف المصلحة إزاء المنشأة لايتغير إذ يمتنع عليها مطالبة المنشأة بدين الضريبة إلا بعد شهرين من انتهاء سنتها المالية ، وبالتالى فإن التقادم المسقط لدين هذه الضريبة لا يبدأ سريانه إلا من هذا التاريخ دون اعتبار لتوقف المنشأة عن العمل حتى ولو كان التوقف راجعا لوفاة الممول مادامت المصلحة لم تخطر به ، وعلم مصلحة الضرائب بالوفاة لا يغنى عن الإخطار الذى أوجبه القانون مؤيدا بالوثائق والبيانات اللازمة لتصفية الضريبة ".

(طعن رقم ٢٠٧ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/١)

٩- " وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ على أنه " يفرض رسم على أيلولة التركات يعتبر مستحقا من وقت الوفاة محسوبا على صافى نصيب الوارث" ونصت الفقرة الأولى من المادة ٥٢ على أنه " تسقط الرسوم المفروضة بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سنوات من تاريخ استحقاق الرسم " كما نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه " تفرض على التركات ضريبة تعتبر مستحقة من تاريخ الوفاة وتحسب على صافى قيمة تركة كل من يتوفى من تاريخ العمل بهذا القانون وتستحق هذه الضريبة مع رسم الأيلولة وبالإضافة إليه وتسرى بالنسبة إليها أحكام القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ " فإنها بذلك تكون قد دلت على أن الوفاة هى الواقعة المنشئة لرسوم الأيلولة والضريبة على التركات باعتبارها سبب الأيلولة والحادث المؤثر فى انتقال الملك من الميت إلى الحى وينشأ حق الخزانة العامة بحقه كما دلت على أنه من تاريخ نشوء الحق فى رسوم الأيلولة والضريبة على التركة – وهو تاريخ الوفاء– يبدأ تقادمها. والقول بأن رسم الأيلولة والضريبة على التركات لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومن ثم لا يبدأ تقادمها إلا من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء ، مردود بأن الأصل فى الضرائب والرسوم أن يبدأ سريان تقادمها من تاريخ تحقق الواقعة المنشئة لها أو من

"نهاية السنة التى تستحق عنها " وفقا للفقرة الأولى من المادة ٣٧٧ من القانون المدنى ما لم ينص القانون على غير ذلك ، ومن أنواع الضرائب المنصوص عليها فى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ والقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ – الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية والضريبة على المهن الحرة والضريبة العامة على الإيراد – ما لا تتكامل عناصرها ويتكامل الالتزام بها فور تحقق الواقعة المنشئة لها ومع ذلك لم ينص القانون على أن يبدأ تقادمها من التاريخ الذى تصبح فيه واجبة الأداء وإنما التزم فى شأنها القواعد العامة فى تقادم الضرائب والرسوم – هذا وبالرجوع إلى القانون ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ " يبين أنه خول مصلحة الضرائب سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية على التركة من تاريخ الوفاة بل أجاز لها" أن تأمر عند الاقتضاء باتخاذ ما تراه من تدابير التحفظية لصيانة حقوق الخزانة العامه بما فى ذلك وضع الأختام" وأن" تتولى بنفسها موجودات التركة سواء بالإتفاق مع أصحاب الشأن أو من غير معاونتهم " وفى حالة قيام نزاع على صفة الوارث" " أن تطلب وضع أعيان التركة تحت الحراسة القضائية " وجعل ميعاد التقادم لا يبدأ إلا من التاريخ الذى تصبح فيه رسوم الأيلولة والضريبة على التركة واجبة الأداء – مع قيام هذه السلطة – من شأنه ترك زمام السقوط بيد مصلحة الضرائب بحيث يسعها أن تتراخى ما شاءت فى حصر أعيان التركة وتقديرها وإعلان الورثة ومن فى حكمهم بهذا التقدير

وبمقدار الرسم المستحق على كل منهم وهى مطمئنة إلى عدم سقوط حقها مهما طال الزمن ، وفى ذلك تعطيل للحكمة التى توخاها الشارع من التقادم ولحقوق ذوى الشأن فى التركة قبل الإفراج عنها من غير مبرر ولا ضرورة تقتضيه ".

(طعن رقم ٦٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤/٢٨)

١٠-(أ)- " مفاد نصوص المواد ٣ فقرة أخيرة ، ١٢ فقرة أولى ، ١٣ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٤١ بشأن فرض ضريبة خاصة على الأرباح الاستثنائية والمادة الأولى من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠ - بإلغاء تلك الضريبة أن الشارع- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- جعل الأرباح الاستثنائية التى تحقق فى السنة المالية التى تختتم بعد ٣٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٠ هى أول سنة تخضع للضريبة الخاصة ، وأن الضريبة على الأرباح الاستثنائية كما تسرى على الممولين الذين بدأوا نشاطهم قبل سنة ١٩٤٠ أو خلالها فإنها تسرى أيضا على الممولين الذين بدأوا نشاطهم بعدها".

(ب)- " أشارت المادة ٣٨ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ إلى مبدأ سنوية الضريبة وجعلت الأصل هو محاسبة المنشأة على أساس ربح سنة كاملة سواء كانت هذه السنة تقويمية أو متداخلة ، إلا أن هذه القاعدة العامة التى يجب اتباعها فى الأحوال العادية يرد عليها استثناءات ، نص على بعضها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩، كما دعت إلى بعضها الآخر ضرورات التطبيق العملى ، من ذلك

حالة ما إذا بدأت المنشأة نشاطها خلال السنة فيجوز لها أن تتخذ سنة حسابية تزيد أو تقل عن اثنى عشر شهرا حتى تصل إلى مبدأ السنة الحسابية التى تريد اتباعها . وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن السنة المالية للشركة الطاعنة تبدأ فى أول يناير وتنتهى فى ٣١ ديسمبر من كل عام ما عدا السنة المالية الأولى فإنها بدأت من أول نوفمبر سنة ١٩٤٩ وانتهت ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٥٠ وأن الشركة الطاعنة قدمت إقراراتها الضريبية على هذا الأساس وأقرتها مصلحة الضرائب على ذلك ، فإنه يتعين احتساب مدة التقادم من هذا التاريخ دون نظر إلى فترة الخضوع للضريبة الاستثنائية التى أبطلها وحدد نهايتها القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٥٠" .

(ج)-" المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة أن التقادم الضريبى فى ظل سريان المادة ٩٧ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ وقبل إضافة المادة ٩٧ مكررة بموجب القانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ لا يبدأ إلا من اليوم التالى لانقضاء المهلة المحددة لتقديم الإقرار ".

(د)- "اعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣- فى شأن تقادم الضرائب والرسوم - تنبيها قاطعا للتقادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن إخطار الممول بعناصر ربط الضريبة على النموذج رقم ١٨ ضرائب هو مما ينقطع به تقادم الضريبة ".

(هـ) - " مفاد الفقرتين الأولى والثانية من المادة السابعة من التقنين المدنى أن القوانين المتعلقة بالتقادم تسرى من وقت العمل بها طبقا للأثر المباشر للتشريع علي كل تقادم لم يتم ، وأن يحكم القانون القديم المدة التي سرت من التقادم في ظله من حيث تعيين اللحظة التي بدأت فيها وكيفية حسابها وما طرأ عليها من أسباب قطعها أو توقفها ، على أن يحكم القانون الجديد المدة التى تسرى فى ظله من هذه المناحى" .

(طعن رقم ٢١٤ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧١/١١/١٠)

١١- (أ)- " مؤدى نص المادتين ٦٢، ٦٩ من الكتاب الثالث من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ - فى شأن ضريبة كسب العمل- أن المشرع فرض ضريبة كسب العمل على الإيراد أو المعاش الذى يحصل عليه الممول الخاضع لها ، كما أوجب فى الوقت ذاته على صاحب العمل والملتزم بالإيراد أو المعاش ، توريد مقدار هذه الضريبة للخزانة فى مقابل استقطاعه من الإيراد أو المعاش المستحق للممول الخاضع للضريبة ، وذلك بقصد إحكام الرقابة على التحصيل وتخفيف العبء عن مصلحة الضرائب . واستثنى المشرع من هذه القاعدة الحالة التى نص عليها فى المادة ٧١ من القانون ، وهى التى يكون فيها صاحب العمل أو الملتزم بالإيراد أو المعاش غير مقيم فى مصر أو ليس له فيها مركز أو منشآت ، إذ

يقع الالتزام بتوريد الضريبة فى هذه الحالة على الممـول ، وهـذا الالتزام باستقطاع الضريبة وتوريدها وإن كـان يغـاير الالتـزام بالضريبة ، ولا يجعل من صاحب العمـل والملتـزم بـالإيراد أو المعاش ممولا، إلا أنه التزام مفروض عليه بمقتضى القانون رقـم ١٤ لسنة ١٩٣٩".

(ب)- " تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٧ الواردة فى الكتـاب الرابع من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ بشأن أحكام عامـة لكـل الضرائب على أن " يسقط حق الحكومة فـى المطالبـة بمـا هـو مستحق لها بمقتضى هذا القانون بمضى خمس سـنوات " . وقـد وضعت هذه المادة قاعدة عامة ، مفادها أن ما يستحق للخزانة طبقا لأحكام القانون المذكور ، ويتقادم بمضى خمس سنوات . لما كـان ذلك ، وكان الالتزام المفروض على رب العمل والملتزم بالإيراد أو المعاش باستقطاع مقدار ضريبة كسب العمل المستحقة على الممول وتوريدها للخزانة ، هو التزام مقرر بمقتضى القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، فإن حق الحكومة قبل رب العمل فى المطالبة بمـا هـو مستحق لها من هذه الضريبة يسقط بمضى خمس سـنوات إعمـالا لحكم المادة ٩٧ سالفة الذكر ".

(طعن رقم ٨٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢/٣/١)

١٢- (أ)- " مؤدى نص المادة ٣٨ مـن القـانون ١٤ لسـنة ١٩٣٩ أن السنة المالية فى الأصل تتمشى مع السنة التقويميـة وأن

المشرع اعتد بنظام السنوات المتداخلة رعاية منه لصالح الممولين ممن تختلف سنتهم المالية عن السنة التقويمية مما مفاده أن تحديد بدءالسنة المتداخلة متروك لمحض تقدير الممول طبقا للظروف التى تمليها عليه طبيعة العمل الذى يزاوله ، فلا يسوغ لمصلحة الضرائب أن تعدل فى بداية السنة المتداخلة التى عومل الممول على مقتضاها لما كان ذلك وكان الثابت من أوراق الملف الفردى المودع أن مصلحة الضرائب جرت على محاسبة المطعون عليه عن أنشطته المختلفة على أساس السنوات المتداخلة حتى سنة ١٩٥٩/١٩٥٨ دون أن ينازع فى ذلك الأساس فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من اعتبار السنة المالية للممول تسير مع السنة التقويمية ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون ، غير أنه لما كان البين من قرار لجنة الطعن أن السنة المالية للممول تبدأ فى أول أغسطس وتنتهى فى آخر يوليه من كل سنة ، ولم يجحد الممول هذا التحديد ، فإنه لا يحق لمصلحة الضرائب أن تغير من بداية ونهاية سنة الممول المتداخلة فتجعلها من أول سبتمبر حتى نهاية أغسطس ".

(ب)- " إذ كانت الضريبة المستحقة عن سنة ١٩٥٥/٥٤ على أساس التحديد الذى ارتضاه الممول- تحديد السنة المالية للمنشأة من أول أغسطس حتى آخر يوليو من كل سنة – قد اكتمل تقادمها فى آخر أكتوبر ١٩٦٠ أى قبل توجيه النموذج رقم ١٩ ضرائب إليه

بتاريخ ٥ نوفمبر ١٩٦٠ فإن ما انتهى إليه الحكم من سقوط الحــق فى اقتضاء الضريبة بالتقادم عن هذه السنة يكون صائبا فى نتيجته".

(ج)- " وفقا للفقرة الثانية من المادة ٩٧ مكررة من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقــانون ٣٤٩ لســنة ١٩٥٢ تنقطع مدة التقادم بالتنبيه على الممول بأداء الضــريبة أو بالإحالــة على لجان الطعن وذلك علاوة على أسباب قطع التقادم المنصوص عليها فى القانون المدنى . وفقا للمادة الثالثة من القانون ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ يعتبر تنبيها قاطعــا للتقــادم أوراد الضــرائب والرســوم وإعلانات المطالبة والإخطارات إذا سلم إحداها إلى الممول أو من ينوب عنه قانونا أو أرسل إليه بكتاب موصــى عليــه مــع علــم الوصول ، ومؤدى ذلك أن يقطع تقادم الحق فى الضريبة إخطــار الممول بربط "لضريبة أو بالإحالة إلى لجان الطعن . لما كان ذلــك وكانت مصلحة الضرائب قد أخطرت المطعون عليه بالنموذج رقم ١٩ ضرائب عن أرباح سنة ١٩٥٦/٥٥ فى ٥ من نــوفمبر ١٩٦٠ أى قبل اكتمال مدة التقادم عنها فى ٣١ من أكتوبر ١٩٦١ - نهاية السنة المالية للمنشأة- وكان صدور قرار من لجنــة الطعــن فــى ١٩٦٢/١/١٤ - بإعادة الملف إلى المأمورية لإجراء التقدير علــى هدى أحكام القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ لا يلغــى الإجــراءات السابقة القاطعة لمدة التقادم وإذ خالف الحكم المطعــون فيــه هــذا النظر ولم يعول على الإخطار الأول الموجه للمطعون عليه فــى ٥

من نوفمبر ١٩٦٠ ورتب على ذلك سقوط الحق في اقتضاء الضريبة المستحقة عن سنة ١٩٥٦/٥٥ بالتقادم فإنه يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/١٢/١١)

١٣- " (أ)- مؤدى نص المادة ٣٨٣ من القانون المدنى والفقرة الثانية من المادة ٩٧ مكرر من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ والمادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ والفقرة الأولى من المادة ٩٦ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، أنه كيما ينتج الإجراء القاطع للتقادم أثره يتعين أن يصل إلى علم الممول سواء بتسليمه إليه هو أو من تصح إنابته عنه أو بإعلانه إليه ويكفى لترتب أثر الإعلان تمامه بكتاب موصى عليه مع علم الوصول . لما كان ذلك ، وكان الملف الفردى خلواً مما يفيد وصول النموذج رقم ٣ ، ٤ ضرائب تجارية إلى علم المطعون عليه – الممول- بأحد الطريقين المشار إليهما الأمر الذى لا يجعل له من أثر فى قطع التقادم ولا يغنى عن ذلك مجرد تحرير النموذج وإرفاق صورة منه بملف الممول والتأشير عليها بمثل تاريخ ورقم الإرسال " .

(ب)- " متى كان تقادم الضريبة- ضريبة الأرباح التجارية والصناعية – المستحقة عنه سنة ١٩٥٥ قد اكتمل فى ميعاد غايته أول أبريل سنة ١٩٦١ وفق الفقرة الأولى من المادة ٩٧ من القانون

رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ ، فإن توقيع الحجز بتاريخ ١٤ من ديسمبر سنة ١٩٦٤ يضحى غير ذى موضوع ، وليس له تأثير على تقادم اكتمل فعلا فى تاريخ سابق ، ولا على الحكم إذا هو لم يعرض لدفاع المصلحة فى هذا الشأن ".

(طعن رقم ١١٢ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٢)

١٤- (أ)- " القرار الإدارى وإن كان لايحتج به فى مواجهة الأفراد إلا من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية إلا أنه يعتبر موجودا قانونا من تاريخ صدوره ويسرى فى مواجهة الإدارة المختصة بتنفيذه ولو لم ينشر فى الجريدة الرسمية وعلى ذلك فإن قرار مدير عام الجمارك رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ يكون موجودا قانونا من تاريخ صدوره وتكتسب الرسوم المفروضة بموجبه الشرعية القانونية غير أنه لا يكون نافذا فى حق الأفراد المخاطبين بأحكامه إلا بعد نشره فى الجريدة الرسمية " .

(ب)- " يشترط لتطبيق حكم الفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من التقنين المدنى – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- أن يكون المبلغ الذى حصلته الدولة قد دفع باعتباره ضريبة أو رسما وأن يكون تحصيله قد تم بغير وجه حق . وإذ كانت الطاعنة قد سددت المبالغ محل التداعى باعتبارها رسوما مقررة وفقا لقرار مدير عام الجمارك رقم ١٢ لسنة ١٩٦٣ وكان تحصيل المطعون ضدها لها قد تم بغير وجه حق لعدم نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية فإن

حق الطاعنة فى استردادها يتقادم بثلاث سنوات من تاريخ دفعهـا طبقا للفقرة الثانية من المادة ٣٧٧ من التقنين المدنى ودون توقـف على علمها بحقها فى الرد ذلك أن حكم هذه المادة يعتبـر اسـتثناء واردا على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المـادة ١٨٧ مـن التقنين المدنى ".

(ج)- " إذا لم تبين الطاعنة فى سبب طعنها مناحى الدفاع التى تتطلب الرد عليها وغفل عنها الحكم المطعون فيه ووجه مخالفتـه للثابت بالأوراق وأثر ذلك فى قضائه فإن النعى عليه فى هذا الشأن يكون مجهلا ومن ثم غير مقبول ".

(طعن رقم ٤٦٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/٦/٢٧)

١٥- (أ)- " مفاد نص الفقرة (ب) الرابعة والخامسة من المادة ٣٧ والفقرة الثانية من المادة ٣٨ من القـانون رقـم ١٤٢ لسـنة ١٩٤٤، أن الضريبة والرسوم تكـون واجبـة الأداء فـى حـدود تقديرات ذوى الشأن وما يقبلونه من تقديرات المصلحة وأن ما عدا ذلك مما تحال أوجه الخلاف بشأنه إلى لجان الطعـن هـو الـذى يتراخى وجوب أداء الرسم عنه إلى أن تصدر هذه اللجان قرارهـا فيه وتنقضى خمسة عشر يوما على إعلان هذا القـرار إلـى ذوى الشأن " .

(ب)- " المستقر عليه – فى قضاء هذه المحكمـة – أن تقـادم رسوم الأيلولة والضريبة على التركة فى ظل المادة ٥٢ من القانون

رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ بفرض رسم أيلولة على التركـــات ، وقبـــل تعديلها بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٦٧ ، يبدأ من تاريخ الوفاة ، ولما كانت هذه المادة قبل تعديلها لم تبين أسباب انقطاع تقادم الرســـم ، وكانت المادة ٣٨٣ من القانون المدنى قد اعتبرت التنبيـــه بالوفـــاء مما ينقطع به التقادم ، واعتبرت المادة الثالثة من القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ فى شأن تقادم الضرائب والرسوم تنبيها قاطعا للتقـــادم أوراد الضرائب والرسوم وإعلانات المطالبة والإخطارات ، وكان إخطار الورثة بربط الضريبة بالنموذج رقم ٨ تركات مما ينقطع به تقادم الضريبة، وكان من المقرر قانونا أن التنبيه يبقى حافظا لأثره فى قطع التقادم ولو لم يعقبه حجز أو أعقبه حجز باطل ، لما كـــان ذلك وكانت المادة ٤٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قد نصت على أن يكون تحصيل الرسوم المستحقة بمقتضى هذا القانون بالطرق الإدارية ، وأجازت المادة الأولى من القـــانون رقـــم ٣٠٨ لســـنة ١٩٥٥ فى شأن الحجز الإدارى اتباع إجراءات هذا الحجـــز عنـــد عدم الوفاء بالضرائب والرسوم بجميع أنواعها فى مواعيـــدها وإذ خلا هذا القانون من النص على تسجيل التنبيه واقتصر فى المـــادة ٤٤ منه على النص على شهر محضر الحجز العقارى الذى يوقـــع وفاء لدين من الديون غير الممتازة ، وكانت المادة ٤٣ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ قد خولت للحكومة – لأجل تحصيل رســـوم الأيلولة – حق امتياز على نصيب كل وارث بقدر المطلوب منـــه ،

فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر التنبيه الحاصل فى ١٩٦٣/٥/٢١ قبل توقيع حجز المنقول والتنبيه بالدفع والإنذار بالحجز العقارى الحاصل فى ١٩٦٦/٩/٢٨ قبل توقيع الحجز على العقار – وأيا كان مال هذين الحجزين – قاطعين للتقادم الجديد الذى سرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على الإخطار بربط الضريبة فى ١٩٥٨/٥/٢٩ والذى قطع التقادم الأول الذى كان قد سرى من تاريخ الوفاة فى ١٩٥٥/١٢/١٦ يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ".

(ج)– " مؤدى نص الفقرة الثالثة من المادة ٣٧ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ والمادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية والمادة ٢٩ من ذات اللائحة المعدلة بالقرار الوزارى رقم ٦٥ لسنة ١٩٥٤ ، وجوب بيان عناصر التركة والأسس التى تم تقديرها عليها بقدر كاف من التفصيل فى النموذج ٨ تركات حتى يتمكن ذوو الشأن من الوقوف على مدى أحقية مصلحة الضرائب فى مطالبتهم بالضريبة والأساس الذى اعتمدته فى التقدير ويتسنى لهم من ثم إبداء ملاحظاتهم عليه أو قبوله كله أو بعضه وهو ما يترتب على إغفاله البطلان لما هو مقرر من أن التشريعات الخاصة بتنظيم إجراءات معينة لربط الضريبة من القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز مخالفتها أو التنازل عنها ، وهى إجراءات ومواعيد حتمية ألزم المشرع مصلحة الضرائب بالتزامها وقدر وجها من

المصلحة فى إتباعها ورتب البطلان على مخالفتها ، وإذ كان يبين من الحكم المطعون فيه - ردا على الدفع ببطلان النماذج ٨ تركات أن محكمة الموضوع قد استخلصت كفاية البيانات التى تضمنها إعلان النماذج٨ ووفاءها بمقصود الشارع منهاوهو- فى خصوص هذه الدعوى - استخلاص موضوعى سائغ يؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم من صحة إعلان التقدير ، فإنه لا يكون قد خالف القانون ".

(د)- " إذ كانت محكمة الموضوع قد انتهت فى حدود سلطتها التقديرية إلى أن التصرف الصادر من المورث إلى بعض الطاعنين لم يكن منجزا أو أنه يخفى وصية للأسباب السائغة التى أوردتها ومنها الحكم الصادرفى الدعوىرقم ٨١ لسنة ١١ق المنصورة والذى قضى باعتبار العقد الصادر من المورث إلى فريق من الطاعنين هو فى حقيقته وصية فإنه لايكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أى أثر فى تصحيح التصرف أو نقل الملكية لأن التسجيل لا يصحح عقدا باطلا ولا يحول دون الطعن فيه بأنه يخفى وصية ".

(هـ)-" إذ كان الورثة لايستطيعون أن يجيزوا التصرف- الذى ثبتأنه يخفىوصية- باعتباره بيعاوإنما لهمأن يجيزوهعلى الاعتبار الصحيح بوصفه وصية ، وفى هذه الحالة تجرى عليه أحكام الوصية التى يجيزها الورثة ، كما أن انتقال المال فى حدود ثلث التركة إلى المتصرف إليه إنما يكون بهذا الوصف وكانت المادة

الثالثة من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ تنص على أن " الأموال التى تنتقل بطريق الوصية يكون حكمها حكم الأموال التى تنتقل بطريق الإرث ويحصل عنها الرسم عنها الرسم ذاته " فإن الحكم إذ قضى باقتضاء رسم الأيلولة وضريبة التركات عن الأطيان المتصرف فيها إلى الطاعنين من مورثتهم بعد تكييف العقد بأنه وصية يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح ".

(طعن رقم ٣٨٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٣)

١٦- " النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٤ مكرر (٦) من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩- المضافة بالقانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٣على أنه ".... وإذا اشتمل وعاء الضريبة العامة على عنصر مطعون فيه طعنا نوعيا فإن الإجراء الذى يقطع تقادم الضريبة النوعية يقطع كذلك تقادم الضريبة العامة ... " يدل على أنه إذا كان أحد عناصر الإيراد الخاضع للضريبة العامة محل طعن نوعى فإن الإجراء الذى يقطع تقادم الضريبة النوعية يقطع فى الوقت ذاته تقادم الضريبة العامة بالنسبة لهذا العنصر فقط دون أن يتعدى أثره إلى باقى العناصر ، وهو ما يساير التعديل الذى أدخله الشارع على نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ المعدلة بالقانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٣ ، إذ استلزم هذا التعديل بالضرورة أن تكون الضريبة العامة المستحقة على العنصر النوعى المطعون فيه بمنأى عن السقوط بالتقادم ، فأورد الشارع فى المادة ٢٤ مكرر (٦)

النص سالف الذكر تحقيقا لهذا الغرض ، والقول بغير ذلك يؤدى إلى التراخى فى تصفية مراكز الممولين الخاضعين للضريبة العامة لمجرد الطعن فى أحد عناصرها النوعية أو قطع تقادمه بأى إجراء مما يقطع التقادم ".

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٧)

١٧- " النص فى المادة ٢٤ مكررا (٦) من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ المضافة بالقانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٣ يدل على أنه إذا كان أحد عناصر الإيراد الخاضع للضريبة العامة محل طعن نوعى ، فإن الإجراء الذى يقطع تقادم الضريبة النوعية يقطع فى الوقت ذاته تقادم الضريبة العامة بالنسبة لهذا العنصر فقط دون أن يتعدى أثره إلى باقى العناصر ، وهو ما يساير التعديل الذى أدخله الشارع على نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٩ بالقانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٣ إذ استلزم هذا التعديل بالضرورة أن تكون الضريبة العامة المستحقة على العنصر النوعى المطعون فيه بمنأى عن السقوط بالتقادم ، فأراد الشارع النص فى المادة ٢٤ مكررا (٦) تحقيقا لهذا الغرض والقول بغير ذلك يؤدى إلى التراخى فى تصفية مراكز الممولين الخاضعة للضريبة العامة لمجرد الطعن فى أحد عناصرها النوعية أو قطع تقادم الضريبة النوعية المستحقة عن هذا العنصر بأى إجراء مما ينقطع به التقادم.

لما كان ذلك ، وكان إخطار المورث بربط الضريبة على أرباحـــه التجارية والصناعية عن سنة ١٩٥١ ، لا أثر له فى قطـــع تقـــادم الضريبة العامة المستحقة عليه عن إيراد أطيانه الزراعية فى تلـــك السنة ، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة أخطـــرت مورث المطعون ضدهم بربط الضريبة الأخيرة فـــى ١٩٦١/٣/٢٦ بعد أن كانت مدة تقادم الضريبة المذكورة قد اكتملت ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحا إلى تقادم تلك الضريبة فلا يعيبه ما استند إليه من تقريرات قانونية خاطئة ، ويكون النعى عليـــه بهـــذا السبب على غير أساس".

(طعن رقم ١٥٦ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٢٠)

مــادة (٣٧٨)

١- تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن أشــياء وردوهــا لأشــخاص لايتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطــاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم .

(ب) حقوق العمال والخدم والأجراء ، من أجور يومية وغيــر يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

٢- ويجب على ما يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه وتوجه إلى ورثة المــدين أو أوصــيائهم ، إن كــانوا قصرا، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

الشــــرح

التقادم الحولى :

٣١٢ـ تقادم حقوق الموردين من التجار والصناع :

تتقادم بسنة حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء .

فيشترط لسريان هذا التقادم الحولى توافر الشرطين الآتيين :

١- أن يكون الدائن تاجرا أو صانعا :

يجب أن يكون الدائن تاجرا بالمعنى المتعارف عليه قانونـــا أو صانعا ، فإذا لم يكن الدائن تاجرا أو صانعا ولكنه قام بتوريد بعض الأشياء إلى الغير ، فلا يخضع دينه للتقادم الحولى .

وكذلك لا ينطبق النص على البائع المتجول التى يحمل بضائعه لبيعها للجمهور ولا على الزارع الذى يبيع منتجاته للمستهلك مباشرة[١] .

ولاينطبق أيضا على الجمعية التعاونية المنزلية لانتفاء صفة التاجر بالمعنى المعروف عنها [٢].

أما الفنانون كالمصورين والرسامين والمثالين الذين يقدمون أعمالا يطلبها منهم عملاؤهم فلا يعتبرون تجارا ، ولكن إذا كانت مهمتهم عرض بضائعهم لبيعها للجمهور كباعة الصور والتماثيل والرسومات والكتب فهم يعتبرون تجارا ينطبق عليهم النص [٣].

٢- أن يكون التاجر أو الصانع قد ورد أشياء من تجارته أو صناعته لأشخاص لايتجرون فى هذه الأشياء ، كحق البقال والقصاب في ثمن ما اشتراه المدين نسيئة من بقالة ولحوم لطعامه وطعام أسرته .

إلا أنه يستوى أن يكون العميل تاجرا أو غير تاجر، مادام لم يشتر الأشياء للاتجار بها ، بل لاستهلاكه الخاص هو وأسرته .

أما المقاولون الذى يعهد إليهم القيام بمشروعات ذات أهمية كبناء العمارات أو تركيب الآلات الميكانيكية فهم عادة يقومون

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٠ .
(٢) عبد المنعم حسنى ص ٢٦٢ .
(٣) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧١ .

بتوريد الأنفار ومواد البناء وملاحظة العمل ومراقبته ، فلا تسقط حقوقهم قبل رب العمل إلا بالتقادم العادى .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- والغالب فى الديون التى يرد عليها هذا التقادم الحولى أن تترتب على عقود تقتضى نشاطا مستمرا أو متجددا كخدمات الأجراء ، وعمل من يزاولون المهن الحرة ، وتوريد البضائع وما إلى ذلك . بيد أن كل دين من هذه الديون يعتبر قائما بذاته رغم استمرار نشاط الدائن وتجدده ، ويسقط بانقضاء سنة متى اكتمل ذاتيته وأصبح مستحق الأداء . فإذا قام طبيب بعلاج مريضين فى أسرة واحدة على التوالى ترتب له دينان ، قائمان بذاتهما ، ولكن تكرار العيادة لأحد المريضين يعتبر كلا لا يتجزأ ، ولايصبح الدين الواجب بسببه مستحق الأداء ، إلا بعد انتهاء هذه العيادة . ويستحق أداء ثمن ما يورده التاجر عادة لعميله كل يوم أو كل أسبوع أول كل شهر، وفقا للعرف الجارى "[1] .

٣١٣- تقادم حقوق العمال والخدم والأجراء :

تتقادم بسنة واحدة " حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات " .

والمقصود بالعمال عمال المصانع والمتاجر والمزارع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣١٨ ومابعدها .

والخدم والأجراء هم : الطهاة والسائقون والبوابون والبستانيون وخدم المنازل والفنادق والمطاعم .

ويدخل ضمن الأجراء صغار الصناع من سباكين وحدادين وبنائين ونجارين الذى يشتغلون بأجرة عن الوحدة .

ويستوى أن تكون أجور العمال والخدم باليوم أو الأسبوع أو الشهر . أو يكون الأجر مستحقا بمجرد انتهاء العمل بالنسبة للأجراء العرضيين .

والتقادم كما يسرى على أجور هؤلاء يسرى على ما قاموا به من توريدات لصاحب العمل [١].

وقد جرى الفقه والقضاءعلى تحديد نطاق التقادم الحولى بأجور العمال أما الموظفون والمستخدمون الذين يتقاضون مرتباتهم شهريًا ، فلا ينطبق عليهم التقادم الحولى وتسقط مرتباتهم بالتقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ١/٣٧٥ مدنى .

ويرى البعض أن هذه التفرقة محل نظر ، وليس لها أساس من القانون لأن أجور العمال تشمل بمعناها الواسع جميع العاملين وعلى ذلك فإن التقادم الحولى كما ينطبق على العمال ينطبق على الموظفين والمستخدمين [٢].

---

(١) السنهورى ص٩٤٧ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٢ .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٢ هامش (١) .

٣١٤- تقادم حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم :

تتقادم بسنة واحدة حقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم ، كأجر غسيل الملابس وكيها ونقل أمتعة النزلاء ، وما يقدموه للعميل من سلف ويستوى فى ذلك أن يكون التزام العميل بالدفع يوميا أو أسبوعيا أو شهريا أو سنويا ، لأن النص ورد مطلقا ، كما يستوى أن يكون العميل تاجرا أو غير تاجر .

ومن المقرر أنه لا يجوز الاحتجاج بالتقادم الحولى إلا ضد أصحاب الفنادق والمطاعم ، أما الأشخاص الذين لا يحترفون هذا العمل فلا يحتج عليهم بهذا التقادم ، كحالة صاحب المصنع الذى يخصص جانبا من مبنى المصنع لسكنى العمال وعائلاتهم ، وكحالة العائلات التى تقوم بصفة استثنائية بتأجير الغرف المفروشة لسكنى الغير وإطعامه مقابل أجر معين ، إذ تعتبر هذه الديون من الديون الدورية التى تتقادم بخمس سنوات .

ولكن يسرى هذا التقادم على أصحاب المقاهى والملاهى فيما يقدموه لرواد تلك الأماكن من طعام أو شراب[١] .

وحق صاحب الفندق يستحق عادة عند انتهاء الإقامة فى الفندق. ومن ذلك الوقت يبدأ التقادم فى السريان ، حتى إذا عاد النزيل إلى

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٣.

الفندق مرة أخرى وترتب فى ذمته دين جديد عن الإقامة تقادم هذا الدين بمدة مستقلة [١].

٣١٥- الوفاء الحاصل من الغير :

إذا قام الغير بدفع دين من الديون المنصوص عليها بالمادة٣٧٨ نيابة عن المدين ، فلا يسرى عليه التقادم الحولى اذا أراد الرجوع على المدين بما دفعه نيابة عنه .

وإنمايسرى فىهذه الحالةالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) [٢].

٣١٦- أساس التقادم الحولى :

يقوم التقادم الحولى على قرينة الوفاء ، فقد جرى العرف على أن هذه الديون تدفع فورا لأربابها أوفى آجال قصيرة جدا لما لهم من الحاجة إليها لأنهم يقتاتون منها . ويبنى على ذلك أنه لايجوز للمدين أن يدفع بالتقادم إذا اعترف بالدين صراحة أو ضمنا ، كما لو أبدى دفاعا يستفاد منه قيام الدين حالا فى دمته كالدفع بالمقاصة أو بالإبراء أو باستبدال الدين بغيره ، أو أبدى دفاعا يتعارض مع قرينة الوفاء كأن أنكر وجود الدين فى ذمته ، أو دفع ببطلانه لعدم وجود سبب قانونى .

أما إذا قرر المدين بأنه دفع جزءا من الدين ، واعترف بأنه

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٩٠

مدين بالجزء الباقى جاز له التمسك بالتقادم بالنسبة للجزء الذى قرر أنه قام بسداده [١].

٣١٧ـ وجـوب تـوجيه يمين الاستيثاق :

تنص المادة فى فقرتها الأخيرة على أن : " ويجب علـــى مـــن يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفســه وتوجـــه إلـــى ورثة المدين أو أوصيائهم إن كانوا قصرا بأنهم لا يعلمون بوجـــود الدين أن يعلمون بحصول الوفاء ".

وهذه اليمين يمين استيثاق ، فالقانون بعد أن جعل مدة التقـــادم سنة واحدة ، وجعل من هذا التقادم قرينة علـــى الوفـــاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة – وقد اعتبرها دليلا غير كامل – بيمين متممـــة يحلفها المدين على واقعة شخصية له هى أداؤه الدين فعلا [٢].

فلا يكفى إذن أن يدفع المدين بالتقادم الحولى، بل يجب أن يقرر حصول الوفاء ويؤيد ذلك بحلفه اليمين . فإذا رفض أداءها لاتبـــرأ ذمته لأن النكول عن اليمين هو إقرار بعدم الوفاء .

---

(١) مذكرة المشروع التمهيدى مجموعة الأعمال التحضـــيرية جـــ٣ ص ٣١٩ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٣ ومابعدها – اســماعيل غانم ص ٤٤٠ – سليمان مرقس ص ٥١٧ ومابعدها – محمود جمـــال الدين زكى ص ٢٤٥ .

(٢) السنهورى ص٩٤٥ .

ويجب على القاضى توجيه هذه اليمين إلى المدين ولو لم يطلب الدائن توجيهها إليه . وتوجه اليمين بالصيغة الواردة بالمادة وهو أنه :" أدى الدين فعلا " .

وهذه اليمين يجوز توجيهها فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز توجيهها أمام محكمة الاستئناف[١] .

وإذا كان المدين قد مات ودفع ورثته بالتقادم الحولى وجب على القاضى أن يوجه يمين العلم (الاستيثاق) إلى ورثته أو إلى أوليائهم أو أوصيائهم إن كانوا قصرا ليقرروا أنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء . وهذه اليمين هى فى الواقع احتكام لذمة الورثة عن واقعة تتعلق بشخصهم وهى علمهم بأمر معين، إذ لا يمكن أن يكونوا على جهل تام بمعاملات مورثهم، أما إذا أنكر الورثة وجود الدين فى ذمة مورثهم فقد سقط حقهم فى الدفع التقادم [٢].

ولايجوز توجيه اليمين إلى أمين التفليسة أو المصفى أو المدير لأعمال غيره لأن الفقرة الثانية من المادة قد أوردت الأشخاص الذين يجوز استحلافهم على سبيل الحصر ، ولأن المفروض فى الورثة علمهم بمعاملات مورثهم كما وأن الوصى ليس شخصيا

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٣ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٥

أجنبيا عن القاصر لأنه فى الغالب أحد أقربائه ، أما أمين التفليسة مثلا فهو شخص أجنبى عن المفلس .

ولكن إذا قرر أمين التفليسة أو المصفى أو المدير أنه دفع بنفسه فإنه يجوز توجيه اليمين إليه لأنها على واقعة متعلقة بشخصه وهى الادعاء بحصول الوفاء [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التقادم المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى- وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم ، وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات - يقوم على قرينة الوفاء ، وهى " مظنة " رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه وهى يمين الاستيثاق وأوجب " على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا " بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ - وهو لا يقتصر على دعاوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٩٤ - المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٧٦- المستشار على أحمد حسن ص ٣١١ .

العمل- لا يقوم على هذه المظنة ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هى ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل سواء ، ومن ثم فهو لا يتسع لتوجيه يمين الاستيثاق لاختلاف العلة التى يقوم عليها ويدور معها ، وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أن التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى " هو تقادم عام ومطلق لم يقيده الشارع بأى إجراء آخر كتوجيه يمين الاستيثاق أو غيرها " فإنه لا يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٣٣٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/١/١٢)

٢- " التقادم المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى- وهو يقتصر على حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فيها وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم وحقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات يقوم على قرينة الوفاء وهى مظنة رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه ، وأوجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، بينما التقادم المنصوص عليه فى المادة ٦٩٨ من القانون المدنى لا يقوم

على هذه المظنة ، ولكن على اعتبارات من المصلحة العامة هي ملاءمة استقرار الأوضاع الناشئة عن عقد العمل والمواثبة إلى تصفية المراكز القانونية لكل من رب العمل والعامل على السواء ، وهو- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لا يقتصر على دعاوى المطالبة بالأجور وحدها بل يمتد إلى غيرها من الدعاوى الناشئة عن عقد العمل " .

(طعن رقم ٥٩٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥)

٣- " التقادم الحولى المنصوص عليه في المادة ٣٧٨ من القانون المدنى يقوم على قرينة الوفاء وهى " مظنة " رأى الشارع توثيقها بيمين المدعى عليه - هى يمين الاستيثاق - وأوجب " على من يتمسك بأن الحق تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا" ، بينما لا يقوم التقادم الخمسى المنصوص عليه في المادة ٣٧٥ على تلك القرينة . وإذ كان الثابت في الدعوى أن الطاعن أنكر على المطعون ضدها حقها فى فروق الأجر مما لا محل معه لإعمال حكم المادة ٣٧٨ من القانون المدنى وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر وأعمل حكم المادة ٣٧٥ من ذلك القانون ، فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ويكون النعى على غير أساس ".

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٥/٢٥)

مادة (٣٧٩)

١- يبدأ سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ و٣٧٨ من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى .

٢- وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

الشرح

٣١٨ـ بدء سريان التقادم فى الحقوق المذكورة فى المادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ :

الحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٦ هى حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء وأمناء التفليسة والسماسرة والأساتذة والمعلمين .

والحقوق المذكورة فى المادة ٣٧٨ هى حقوق التجار والصناع وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم وحقوق العمال والخدم والأجراء.

ويبدأ سريان التقادم فى هذه الحقوق من الوقت الذى يتم فيه الدائنون تقدماتهم ، ولو استمروا يؤدون تقدمات أخرى .

فإذا كان الطبيب مثلا قام بزيارة المريض زيارة واحدة ، فإن التقادم يبدأ بالنسبة لأجره من وقت انتهاء الزيارة .

وإذا اقتضى العلاج فى المرض الواحدة عدة زيـارات ، فـإن الأجر يحسب عن مجموع هذه الزيارات كأنه دين واحد ، ولا يبـدأ سريان التقادم إلا عند انتهاء آخر زيارة ، حتى لو طال المـرض . وهذا ما لم يكن العلاج على فترات منفصلة فيحسـب أجـر عـن زيارات كل فترة من هذه الفترات .

وقد يحصل أن يتفق الطبيب مع إحدى العائلات أو المؤسسـات أو الشركات على أن يتولى علاج أفراد الأسرة أو موظفى المؤسسة أو الشركة مقابل أجر يتناوله سنويا أو فى مواعيد أقل من سـنة ، فيعتبر المرتب الذى يتقاضاه فى هذه الحالة من الـديون الدوريـة المتجددة التى تسقط بالتقادم الخمسى المنصوص عليه فـى المـادة ٣٧٥ مدنى ومن ثم يبدأ هذا التقادم فى السريان من تاريخ استحقاق كل قسط على حدة[١] .

وإذا اعتاد الصيدلى أن يورد إلى عميله الأدوية التـى يطلبهـا اعتبرت كل صفقة قائمة بذاتها ويسرى على الدين الناشـئ عنهـا التقادم الخمسى من وقت تمام هذه الصفقة .

وإذا كان متفقا بين المحامى وموكله على دفع جزء من الأتعاب مقدما بدأ التقادم فى السريان بالنسبة لهذا الجزء من وقت الاتفاق .

أما بالنسبة للمؤجل من الأتعاب فيبدأ التقادم من وقت صـدور حكم نهائى – إذا كان متفقا على الأتعاب لـدرجتى التقاضـى – أو

---

(١) المستشار محمدعبد اللطيف ص ٥٦٤ .

من تاريخ الصلح فى الدعوى أو من تاريخ آخر إجراء فيها حتى لو استمر المحامى يباشر قضايا أخرى لموكله غير القضية التى انتهت إجراءاتها . وإذا لم تكن إجراءات الدعوى قد انتهت فيبدأ سريان التقادم من تاريخ انقضاء التوكيل بالوفاة أو العزل أو الاستقالة [١].

أما إذا كان الموكل قد وكل المحامى فى جميع المنازعات الخاصة به ، وتبين أنهما اعتادا تسوية الحساب بينهما فى فترات متباعدة مع بقاء الحساب جاريا بينهما ففى هذه الحالة لا يبدأ التقادم فى السريان إلا من تاريخ انقضاء التوكيل .

وتنص المادة ٨٦ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أن : " يسقط حق المحامى فى مطالبة موكله أو ورثته بالأتعاب عند عدم وجود اتفاق كتابى بشأنها بمضى خمس سنوات، من تاريخ انتهاء الوكالة أو من تاريخ وفاة الموكل حسب الأحوال . وتنقطع هذه المدة بالمطالبة بكتاب موصى عليه " .

كما تنص المادة ٨٧ على أن: " للمحامى الحق فى أن يسترد من موكله ما يكون قد أنفقه من مصروفات قضائية مؤيدة بالمستندات" .

ويبدأ التقادم بالنسبة للخبراء من الوقت الذى تنتهى فيه مأمورية الخبير .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٦٦ .

وبالنسبة لأمناء التفليسة من الوقت الذى تنتهى فيه التفليسة .

وبالنسبة للمساسرة من تاريخ استحقاقهم للأتعاب والمصاريف .

وبالنسبة للأساتذة والمعلمين ، يبدأ سريان التقادم من الوقت الذى تستحق فيه ديونهم ، ولا يترتب على قيام الأستاذ أو المعلم بخدمات أخرى قطع التقادم بالنسبة للديون التى استحقت [١].

ويبدأ التقادم بالنسبة للتاجر أو الصانع بانتهاء توريد الصفقة ، لأن كل صفقة قائمة بذاتها يتقادم الدين فيها مستقلا عن غيره من الديون فى الصفقات الأخرى . والعبرة فى تمييز الصفقة عن الصفقات الأخرى بالمألوف المعتاد .

فمن الناس من تعود " الاستجرار " طوال الشهر ويدفع شهرا فشهرا . ومنهم من يدفع أسبوعا فأسبوعا ، ومنهم من يدفع يوما فيوما . فمتى تمت الصفقة واستحق الدين بحسب المألوف فى التعامل بين المدين والدائن ، بدأ سريان التقادم [٢].

٣١٩ـ تحرير سند بالحقوق المنصوص عليها فى المادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ مدنى :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وإذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقادم الحق إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ".

---

(١) المستشار على محمد حسن ص ٥٦٧ .

(٢) السنهورى ص ٩٤٦ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٥ .

ومفاد ذلك أنه إذا أقر المدين بالحقوق المذكورة بالمادتين ٣٧٦ ، ٣٧٨ مدنى فى سند مكتوب فإن الدين لا يتقادم بالتقادم الخمسى وإنما يتقادم بمضى المدة الطويلة .

فمجرد الإقرار بالحق لا يكفى بل يجب أن يكون الإقرار فى سند مكتوب ، ومن ثم فإذا أقر المدين بالنسبة لأصحاب هذه الحقوق إقرارا شفويا فإنه وإن كان يترتب عليه قطع التقادم ، إلا أن مدة التقادم الجديد لا تتغير ، بل تبقى لمدة التقادم السابق .

وتسرى هذه القاعدة إذا صدر حكم بالدين .

مـادة (٣٨٠)

تحسب مدة التقادم بالأيام لا باساعات، ولايحسب اليوم الأول ، وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم فيها .

الشـــرح

٣٢٠ـ كيفية حساب مـدة التقـادم :

يخضع حساب المدة فى التقادم المكسب والمسقط لقاعدة واحدة، ويستوى فى ذلك التقادم الطويل والقصير. والتقويم المعول عليه فى حساب التقادم هو التقويم الميلادى[1] .

وتحسب المدة بالأيام لا بالساعات أى من منتصف الليل إلـى منتصف الليل الثانى .

والسبب فى ذلك أنه يصعب جدا تحديد الساعة التى بـدأ فيهـا التقادم ، ولكن يمكن تحديد اليوم الذى بدأ فيه التقادم فى السريان ، ففى التقادم المكسب مثلا لا يستطيع الشهود أن يتذكروا الساعة التى

---

(١) وكان المسلم به فى ظل التقنين المدنى القديم أن مدة التقـادم تحسـب بالتقويم الهجرى ، لأن هذه المدة مأخوذة من الشـريعة الإسـلامية . وأريد فى المادة ٥١٧ من المشروع التمهيدى الاحتفاظ بذات القاعـدة فنصت هذه المادة على أن :

" تحسب مدة التقادم بالتقويم الهجرى ... الخ ".

وفى لجنة المراجعة اقترح إغفال الحساب بالتقويم الهجرى حتى يكون الحساب بالتاريخ الميلادى طبقا للقاعدة العامة التى نص عليها فى الباب التمهيدى فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢٢ ومابعدها) .

بدأت فيها الحيازة ، ولكن يسهل عليهم جدا أن يحددوا اليوم الـــذى بدأت فيه الحيازة .

ولايحسب اليوم الذى حصلت فيه الواقعة التى تبدأ منهـــا مـــدة التقادم ، لأن من الجائز أن يبدأ التقادم فى صـــباح هـــذا اليـــوم أو منتصفه أو آخره ، فإذا احتسبت المدة من اليوم الذى حصلت فيـــه الواقعة دخل فى الحساب كسور اليوم أى الساعات وهـــو يخـــالف المبدأ السابق . ولكن يحسب فى المدة اليوم الأخير .

وينبنى على ذلك وجوب احتساب مدة التقادم اعتبارا من اليـــوم التالى لحصول الواقعة ويكتمل التقادم بانقضاء اليوم المماثل لليـــوم الذى حصلت فيه الواقعة المجرية لمدة التقادم .

فإذا كان التقادم منصوصا عليه بالأشهر أو السنين فـــإن المـــدة تحسب من اليوم كذا من الشهر أو السنة إلى اليوم كذا من الشهر أو السنة ، من غير مراعاة لعدد الأيام التى يتكون منها كل شهر .

وإذا كان اليوم المقابل لليوم الذى بدأ منه التقادم لا يوجـــد فـــى الشهر الذى ينتهى فيه التقادم ، كيوم ٣١ فى بعض أشهر التقـــويم الميلادى فإن التقادم يتم بانتهاء آخر يوم من الشهر [١].

فإذا كان التقادم مدته خمس سنوات ، كما فى أتعاب الطبيـــب ، فإن اليوم الذى حدثت فيه زيارة الطبيب لايحســـب ويبـــدأ التقـــادم

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧ .

اعتبارا من اليوم التالى ، ويكمل بانقضاء اليوم المماثل لليوم الأول بعد انقضاء خمس سنوات .

فإن كان الزيارة قد حصلت يوم ٢٠٠٥/١/١ فإن مدة التقادم تبدأ من اليوم التالى ٢٠٠٥/١/٢ ولا تكتمل مدة التقادم إلا في الدقيقة الأولى من يوم ٢ يناير سنة ٢٠١٠ .

ويدخل فى حساب مدة التقادم ما يتخلل هذه المدة من مواسم وأعياد .

أما إذا كان اليوم الأخير يوما من أيام المواسم والأعياد وتعذر اتخاذ إجراءات فيه لقطع التقادم ، فإن سريان التقادم يوقف بالقوة القاهرة إلى اليوم التالى أو إلى أول يوم صالح لاتخاذ الإجراء ، ولايكتمل التقادم إلا بانقضاء هذا اليوم دون أن يقطع الدائن سريانه[1].

وبهذا الرأى أخذت مذكرة المشروع التمهيدى إذ جاء بها :

" تحتسب مدد التقادم ، أيا كانت ، بالأيام لا بالساعات ، ويتفرع على ذلك أن اليوم الأول لا يدخل فى الحساب ، فى حين يدخل فيه

---

(١) السنهورى ص ٩٦٢ – عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٧ – محمود جمال الدين زكى ٢٥٠ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٠٤ – المستشار أنور طلبه ص ٥٤٤ – وعكس ذلك محمد كامل مرسى ص ٢٧ فيرى أن اليوم الأخير يحسب ولو كان يوم عيد . ولا تطبق القاعدة المتبعة بالنسبة لمواعيد المرافعات ، وهى امتداد المدة إلى اليوم التالى ، إذا كان اليوم الأخير يوم عطلة رسمية ، وذلك لأن مدة التقادم طويلة بحيث تكفى لاستعمال الحق بدل الانتظار إلى آخر لحظة .

ما يعرض خلال هذه المدة من أيام المواسم والأعياد . وينبغي لاستكمال مدة التقادم أن ينقضي آخر يوم فيها ، ولذلك يقع صحيحا ما يتخذ من الإجراءات بشأن التقادم فى هذا اليوم (كإجراءات قطع المدة مثلا) وإذا وقع آخر أيام المدة فى عطلة عيد أو موسم لا يتيسر اتخاذ الإجراء فى خلالها ، كان ذلك من قبيل القوة القاهرة ووقف سريان التقادم "[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " المقرر فى حساب المواعيد أنه إذا كان الميعاد مقررا بالأيام أو بالشهور أو بالسنين فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر فى نظر القانون مجريا للميعاد فإذا كان الميعاد مما يجب انقضاؤه قبل الإجراء فلا يجوز حصول الإجراء إلا بعد انقضاء اليوم الأخير من الميعاد ، وتتبع تلك القاعدة العامة التى أوردها المشرع فى المادة ١٥ من قانون المرافعات فى احتساب جميع المواعيد فى سائر فروع القانون كما تتبع أيضا فى حساب المدد والآجال على سبيل القياس ، فإذا كان الأجل محددا بالأيام أو بالشهور فلا يحسب منه يوم حدوث الأمر المعتبر مجريا للأجل ويبدأ الميعاد من نهاية ذلك اليوم وينتهى بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر الذى ينتهى فيه الأجل ... الخ ".

(طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٢٥ .

٢- " مؤدى نص المادة ١٥ من قانون المرافعات أنه إذا عين القانون لحصول الإجراء ميعادا محددا بالشهور فإن هذا الميعاد يبدأ من اليوم التالى للتاريخ الذى يعتبره القانون مجريا له ، وينقضى بانقضاء اليوم المقابل لهذا التاريخ من الشهر الذى ينتهى فيه الميعاد دون نظر إلى عدد الأيام فى كل شهر ، وكان البين من الأوراق أن تسجيل المبيع المشفوع فيه تم بتاريخ ١٩٨٢/٢/٣ مما مؤداه أن ميعاد الأربعة شهور المقررة بنص المادة ٩٤٨ من القانون المدنى لسقوط الحق فى الأخذ فى الشفعة إن لم يتم إعلان الرغبة خلاله- يبدأ من اليوم التالى لتاريخ التسجيل وينتهى بانتهاء يوم ١٩٨٢/٦/٣ - الذى لم يكن عطلة رسمية - فإن حصول الإعلان الثانى للرغبة فى الأخذ بالشفعة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٥ يكون قد تم بعد الميعاد ".

(طعن رقم ١٠٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٥/٢٢)

مــادة (٣٨١)

١- لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا مــن اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء .

٢- وبخاصة لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلــق علــى شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط ، وبالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من الوقت الذى يثبــت فيــه الاســتحقاق ، وبالنسبة إلىالدين المؤجل إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل .

٣- وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الــدائن ، سرى التقادم من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

الشرح

٣٢١ـ مبدأ سريان التقادم :

يسرى التقادم المسقط على الحقوق والــدعاوى والالتزامــات ، وهو كقاعدة عامة لا يبدأ فى السريان إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين واجب الأداء ، أو من الوقت الذى يكون فيه استعمال الحــق ممكنا وتصح المطالبة به قضاء . ما لم يكن هناك نص فى القانون يقضى بخلاف ذلك .

ومن النصوص التى وردت على خلاف القاعدة العامة وتجعــل مبدأ سريان التقادم بعد يوم استحقاق الدين ، ما نصت عليه المادة ١٧٢ مدنى بالنسبة للعمل غير المشــروع ، والمــادة ١٨٠ مــدنى بالنسبة للإثراء بلا سبب، والمادة ١٩٧ مدنى بالنسبة إلى الفضالة ،

فهذه الالتزامات جميعها لا يسرى فى حقها تقادم ثلاث السنوات إلا من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بقيام الدين والشخص المسئول عنه .

وكذلك ما نصت عليه المادة ١٤٠ مدنى من أن يبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى دعاوى إبطال العقد بسبب نقص الأهلية أو الغلط أو التدليس أو الإكراه ، من اليوم الذى يزول فيه نقص الأهلية أو ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو ينقطع فيه الإكراه ، وهذا اليوم يتأخر عادة عن اليوم الذى يمكن فيه رفع دعوى الإبطال .

وهناك نصوص تجعل مبدأ سريان التقادم قبل استحقاق الدين ، من ذلك ما نصت عليه المادة ٣٨٦ مدنى من أنه إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات فهذا النص يجعل الفوائد والملحقات تتقادم بتقادم الحق نفسه ، حتى ولو لم يكن قد حل ميعاد استحقاقها[١].

٣٢٢ـ الدين المعلق على شرط واقف :

لا يسرى التقادم بالنسبة إلى دين معلق على شرط واقف إلا من الوقت الذى يتحقق فيه الشرط . ذلك أن الدين لا ينفذ إلا من هذا التاريخ ، وإن اعتبر الدين موجودا من تاريخ العقد نتيجة للأثر الرجعى لتحقق الشرط الواقف [٢].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٠٦ ومابعدها .

(٢) **وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٨ فى الطعن رقم ٦٣٩٦ لسنة ٦٤ ق بأن :**

(أ)- " لئن كان حق الدائن فى الالتزام المعلق على شـرط واقـف - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو مما ينظمه القانون ويحميه ولايعد هذا الحق نافذا إلا إذا تحقق الشرط ، غير أن الشرط يعتبر قـد تحقق إذا وقعت الواقعة المشروطة وبها يتأكد وجود الالتزام ونفاذه بعد أن كان موقوفاً وبما يجيز للدائن التنفيذ به اختياراً أو جبراً ويستقر لـه ما كان قد استوفاه قبل تحقق الشرط وذلك لما له من أثر رجعى " .

(ب)- " إذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أقام قضـاءه بتأييد الحكم الابتدائى على ما قرره " أن العقد سند الدعوى قد تضـمن تعهداً من المستأنف ضده الأول وبصفته وكيلاً عن باقى المستأنف ضدهم عدا الأخيرين بصفتيهما بالحصول على موافقة وزارة التربية والتعـليم على العقد وأن الأوراق خلت من الحصول على هذه الموافقـة ، فـإن قضاء محكمة أول درجة برفض الدعوى تأسيساً على عدم نفاذ العقـد لتضمنه شرطاً واقفاً معلقاً على إرادة الملتزم يكون قد صادف صـحيح القانون " . ويبين من ذلك أن الحكم علق التزامات الطرفين الواردة فى نصوص العقد سند الدعوى على شرط موقف هـو حصـول موافقـة مديرية التربية والتعليم على نفاذه وأن الأوراق خلت من هذه الموافقـة حين أن البين من الأوراق فيما تمسك به الطاعن من دفاع قـدم عليـه دليله أن الالتزامات الناشئة عن العقد المبرم فى / / بينه وبـين المطعون ضدهم الستة الأوائل حق أداؤها بتحقق ما علق عليـه هـذا الأداء بصدور أمر المطعون ضده الأخير بصفته - محافظ أسـيوط - فى / / إلى مديرية التربية والتعليم بأسيوط الذى يمثلها طبقاً لقانون الحكم المحلى رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ بتسليم الطاعن تلك المساحة وبذلك فقد تحرر العقد من هذا الشرط وبات من الواجـب إجبـار المطعـون ضدهم الستة الأوائل على تنفيذ ما التزموا به ، وإذ كان هـذا الـدفاع جوهرياً - ومؤثراً فى النتيجة التى انتهى إليها الحكم الذى قصر عـن إيراده والرد عليه ولم يناقش دلالة المستندات المقدمة لتأييده فإنه يكون معيباً ".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن مدة سقوط الحق فى المطالبة بالدين تبدأ من تاريخ وجوب أدائه على المدين، وإذا كان وجوبه مؤجلاأو معلقا على شرط فسقوطه بالتقادم تبدأ مدته عند حلول الأجل أو تحقق الشرط . فدين الأجرة الذى يستحق دفعه على المستأجر وضامنيه فى تاريخ انتهاء العقدتبدأمدة التقادم بالنسبة له من اليوم التالى لذلك التاريخ. ولا يؤثر فى هذا تعلل المؤجر (وزارة الأوقاف) الذى وضعت الأرض المؤجرة تحت حراسته لعدم سداد الأجرة بأنه لم يكن متمكنا من المطالبة بالدين لعدم معرفة حقيقة مقداره بسبب عدم تصفية حساب الحراسة ، فإن هذا لا يعد قوة قاهرة منعته عن المطالبة بالدين " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٣٨/٢/٣)

٢- " جرى قضاء محكمة النقض على أن التقادم المسقط- سواء فى ظل التقنين المدنى القديم أو القائم - لايبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ، مما يستتبع أن التقادم، لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف ، إلا من وقت تحقق الشرط " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

أما إذا كان الدين معلقا على شرط فاسخ ، فإن الدين يعتبر مستحق الأداء منذ نشوئه ويستطيع الدائن حينئذ اقتضاؤه ويبدأ سريان المدة من هذا الوقت [١].

---

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٧ .

٣٢٣- ضمان الاستحقاق :

يسرى التقادم بالنسبة لضمان استحقاق المبيع ، من تاريخ صدور الحكم النهائى بثبوت الاستحقاق للغير . لأن الالتزام بضمان استحقاق المبيع يعتبر طبقا للقاعدة العامة التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض ، وهذا لا يسرى إلا من الوقت الذى يقضى فيه نهائيا لصالح الغير بأحقيته للمبيع كله أو بعضه ، وبالتالى فلا يحسب الزمن الذى يمضى من تاريخ التعاقد حتى صدور الحكم النهائى باستحقاق المبيع .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة سواء فى التقنين المدنى القديم أو القائم أن التقادم المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط . وإذ كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطياً يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه فإن لازم ذلك أن التقادم لايسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لا من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق " .

(طعن رقم ١٣٢ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٣/١٠)

٢- " إذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا بتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق

بصدور حكم نهائى به ، ومن ثم فإن القول ببـدء سـريان التقـادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفـع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند ، إذ أن حكم القانون فـى هذه المسألة واحد فى التقنينين القديم والقائم " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

٣٢٤ـ الدين المؤجل :

إذا كان الدين مؤجلا فلا يبدأ سريان تقادمه إلا من يوم حلـول الأجل بانقضائه أو بسقوطه أو بالنزول عنه .

وإذا كان الحق مقسطا سرى التقادم بالنسبة لكل قسط منه عنـد حلول أجله . وإذا كان الدين مـن الـديون الدوريـة – كالفوائـد والأجرة– سرى التقادم من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته .

وإذا اشترط أن الدين يدفع عند المقـدرة أو الميسـرة ، فـإن القاضى يعين موعدا مناسبا لحلول الأجل . وعندئذ يبدأ التقادم فـى السريان من تاريخ حلول هذا الأجل [١].

أما إذا لم يعين فى السند أجلا للوفاء اعتبر الدين واجـب الأداء يوم تحرير السند ، وعلى ذلك يبدأ سريان التقادم من اليوم التـالى لهذا التاريخ [٢].

---

(١) عبد المنعم البدراوى ص ٤٣٨ – مصطفى عدوى ومحمد محى الـدين إبراهيم ص ٥١٠ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد اللطيف ض ١١١ .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان من المقرر قانوناً بالمادة ٣٨١ من القانون المدنى أنه لا يبدأ سريان التقادم المسقط أصلا إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء فإذا كان الدين مؤجلا فإن هذا التقادم لا يسرى إلا من الوقت الذى ينقضى فيه الأجل ، وكان كل قسط من الدين المقسط مستقلا من تاريخ استحقاقه عن غيره من الأقساط فمن ثم لا يسرى التقادم بالنسبة لكل قسط إلا من وقت استحقاقه ".

(طعن رقم ١٥٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨)

٣٢٥ـ ميعاد الوفاء المتوقف على إرادة الدائن :

إذا كان ميعاد الوفاء متوقفا على إرادة الدائن ، كما إذا كان السند مستحق الأداء عند تقديمه ، أى عندما يتقدم به الدائن للمدين مطالبا بالوفاء ، فإن التقادم يسرى من الوقت الذى يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته . ذلك أنه إذا تأخر مبدأ سريان التقادم إلى الوقت الذى يختاره الدائن لتقديم السند إلى المدين ومطالبته بوفائه ، كان أمر سريان التقادم موكولا إلى محض إرادة الدائن وهذا لايجوز ، وإلا أمكن أن يكون الدين غير قابل للتقادم ، سواء طالب فعلا بالوفاء أو لم يطالب .

والوقت الذى يتمكن فيه الدائن من المطالبة بالوفاء يكون عادة وقت إنشاء الالتزام ، ما لم يثبت أنه لم يكن فى استطاعته المطالبة بالوفاء إلا فى تاريخ لاحق .

كذلك لايجوز أن يترك مبدأ سريان التقادم حتى إلى أن يتم الاتفاق بين الدائن والمدين ، إذ لو جاز ذلك لاستطاع الدائن أن يتفق مع المدين على النزول عن التقادم قبل سقوط الحق فيه وهو أمر لايصح قانونا [1].

وإذا كان الدائن قد نبه على المدين أن يدفع الدين بعد انقضاء المهلة المحددة فى التنبيه بالوفاء فيبدأ سريان التقادم من تاريخ وجود الالتزام دون أن يكون للمهلة المحددة فى التنبيه أى أثر لأن الغرض من هذه المهلة التى منحها الدائن للمدين ، هو التيسير على هذا الأخير فى أداء الدين ، إذ لايجوز للدائن أن يتحكم فى تحديد مبدأ سريان التقادم .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"٢- ويبدأ سريان التقادم من الوقت الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء وتحتسب المدة من أول يوم كامل يلى هذا الوقت . ولا يسرى التقادم طبقا لهذه القاعدة بالنسبة لدين معلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق الشرط ، وكذلك يكون الحكم فى ضمان الاستحقاق بوصفه التزاما شرطيا ، يتوقف وجوده على نجاح المتعرض فى دعواه ، ولا يسرى التقادم كذلك بالنسبة للديون المؤجلة إلا من وقت انقضاء الأجل ، فإذا كان تحديد الأجل موكولا

---

(١) السنهورى ص ٩٧١ ومابعدها - المستشار محمد عبد اللطيف ص ١١٢.

إلى القاضى (كما هى الحال فى الالتزام بالدفع عند الاقتدار) تعين التريث حتى يتم هذا التحديد وتنقضى المدة المحـــددة . وإذا كـــان الأجل متوقفا على إرادة الدائن (كما هو الشأن فى ســـند مســـتحق الوفاء عند الاطلاع) بدأ سريان التقادم من اليوم الذى يتمكن فيـــه الدائن من الإفصاح عن هذه الإرادة ، أى من يوم إنشاء الالتـــزام ، مالم يقم الدليل على أنه لم يكن فى استطاعته أن يطالب بالـــدين إلا فى تاريخ لاحق. أما الحساب الجارى فلا يبدأ سريان التقادم فيه إلا من تاريخ ترصيده . ويسرى التقادم فى الديون الدورية (كالفوائـــد وأقساط الديون) من تاريخ استحقاق كل دين منها بذاته "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مؤدى نص المادة ١٩٤ من قانون التجارة أن المقصود بيـــوم حلول الدفع المنصوص عنه فى هذه المادة هو الوقت الذى يستطيع فيه الدائن المطالبة بدينه . وإذ كان الدائن فـــى الأوراق المســـتحقة الدفع عند الاطلاع يستطيع المطالبة بالدين من يوم إنشـــائها الـــذى يعتبر تاريخ استحقاقها الفعلى ، فإن مدة تقادم الدعوى المتعلقة بتلك الأوراق تبدأ من اليوم التالى لإنشائها ".

(طعن رقم ٢٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٦/١١)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٢٥ ومابعدها

٣٢٦ـ الحقوق الاحتماليـة :

إذا كان التقادم لا يبدأ بالنسبة إلى الحق المعلق على شـرط أو المقترن بأجل ، إلا من وقت تحقق الشرط أو وقت حلول الأجـل ، أى من الوقت الذى يصبح فيه الحق نافذا ، فأولى أن يكـون ذلـك بالنسبة إلى الحق الاحتمالى إذ أن صاحب الحق الاحتمالى ليس لـه أن يتخذ الإجراءات التحفظية للمحافظة على حقه ، ومن ثـم فهـو لايستطيع قطع التقادم السارى ضده ، كمـا أن الحـق الاحتمـالى لايتصل بذمة صاحبه إذ أنه حق لا وجود لـه فـى فتـرة الشـك والاحتمال ، ومثال ذلك التعويض عن العمل غير المشـروع فإنـه يبقى احتماليا مادام الضرر لم يتحقق ، فإذا ما تحقق الضرر انقلب الالتزام من التزام احتمالى إلى التزام محقق وكذلك دين الموكل قبل وكيله لايبدأ تقادمه إلا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الالتزام بالتعويض عن قرار إدارى مخالف للقانون بالمنع من البناءعن سنوات لاحقة لرفع دعوى التعويض يعتبر التزاما احتماليا ومن ثم فلا يسرى التقادم بالنسبة له إلا إذا انقلب إلى التزام محقـق بوقوع الضرر الموجب له والمتجدد فى كل عـام نتيجـة للقـرار الإدارى المذكور . ويبدأ التقادم بالنسبة إليه منذ تحققه ، إذ من هذا التاريخ يصبح التعويض مستحق الأداء عملا بنص الفقرة الأولـى

من المادة ٣٨١ مدنى - وأنه وإن اشترك طلب هذا التعويض مع التعويض المرفوعة به الدعوى أصلا من حيث المصدر باعتبارهما ناشئين عن قرار إدارى مخالف للقانون فإن مثل هذا الاتحاد فى المصدر لا ينفى عنهما أنهما طلبان مستقلان من حيث أحكام التقادم فلا يعتبر قطع التقادم بالنسبة لأحدهما قطعا له بالنسبة للآخر " .

(طعون رقم ٢٩٩ لسنة ٢٧ ق ، ٣١٩ لسنة ٢٧ق ،٣٢١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٣/٤/١١)

٣٢٧- رجوع الضامن على المدين :

يسقط حق الضامن فى الرجوع على المدين بالتقادم ابتداء من تاريخ وفائه للدين المضمون بشرط ألا يكون الدين الأصلى قد سقط بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تاريخ استحقاق الدين المضمون لا تبدأ به مدة التقادم إلا فى علاقة الدائن مع مدينه وضامنه ، أما حق الضامن فى الرجوع على المدين فإنه لا ينشأ إلا من تاريخ وفائه للدين المضمون بشرط أن لا يكون الدين الأصلى قد سقط بالتقادم ومن تاريخ نشوء هذا الحق للضامن نتيجة وفائه للدين تبدأ مدة التقادم بالنسبة لمدينه المضمون".

(طعن رقم ٧٢ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٥/١٩)

مــادة (٣٨٢)

١- لايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا ، وكذلك لا يسرى التقادم فيمـــا بين الأصيل والنائب .

٢- ولايسرى التقادم الذى تزيد مدته على خمس سنوات فـــى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حـــق الغائـــب أو فـــى حـــق المحكوم عليه بعقوبة جناية إذا لم يكن له نائب يمثله قانونا .

الشـــــرح

٣٢٨ـ إحالة :

أوردنا الشـــرح التفصيلى لهذه المادة بالمجلد (الثامن عشـــر) عند شـــرح المادة (٩٧٤) فنحيل إلى هذا الشرح .

مـــادة (٣٨٣)

ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعــت الــدعوى إلـــى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه فى تفليس أو فى توزيع وبأى عمل يقوم بـــه الدائن للتمسك بحقه أثناء السير فى إحدى الدعاوى .

الشـــرح

٣٢٩ـ إحـــالـة :

تناولنا شرح هذه المادة بالتفصيل بالمجلد (الثامن عشر) عنــد شرح المادة (٩٧٥) فنحيل إليه .

مـــادة (٣٨٤)

١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقرارا صريحا أو ضمنيا .

٢- ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينا لوفاء الدين .

الشـــرح

٣٣٠- إحالة :

تناولنا شرح هذه المادة تفصيلا فى المجلد (الثامن عشر) فـــى شرح المادة (٩٧٥) فنحيل إليه .

مـادة (٣٨٥)

١- إذا انقطع التقادم بدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهـاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقـادم الأول .

٢- على أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى أو إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنه ، إلا أن يكون الـدين المحكوم به متضمناً لالتزامات دورية متجددة لا تستحق الأداء إلا بعد صدور الحكم .

الشـــرح

٣٣١- أثر انقطاع التقادم :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه " إذا انقطع التقادم بـدأ تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثـر المترتـب علـى سـبب الانقطاع ، وتكون مدته هى مدة التقادم الأول " .

فيترتب على قطع التقادم المسقط زوال كل أثر للمدة التى انقضت قبل انقطاعه ، وإذا زال التقادم المنقطع حل محله تقادم جديد يسرى من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع [١].

---

(١) الدكتور محمد على عمران وقف التقادم وانقطاعه (التقادم المسـقط) بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد الثـانى السـنة الرابعة عشرة يولية سنة ١٩٧٢ ص ٣٧٢ ومابعدها .

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لايقتصر أثر انقطاع التقادم على الحيلولة دون سريان المدة بل يجاوز ذلك إلى محو ما انقضى من هذه المدة قبل تحقق سببه وهذا هو ما يفرقه عن الوقف . فإذا كف الإجراء القاطع عن ترتيب أثره بدأ سريان جديد من هذا الوقف "[1].

٣٣٢- بدء سريان التقادم الجديد :

يتعين التفرقة فى بدء سريان التقادم الجديد بين الانقطاع الطبيعى وبين الانقطاع المدنى .

والانقطاع الطبيعى - كما ذكرنا فى موضعه من الموسوعة- هو الذى يتحقق بزوال الحيازة وينفرد به التقادم المكسب دون التقادم المسقط .

أما الانقطاع المدنى فهو الذى يكون سببه أعمالا قانونية صادرة ممن يسرى التقادم ضده أو ممن يسرى لمصلحته ، فحق الارتفاق مثلا يسقط بالتقادم بعدم استعماله خمس عشرة سنة ، ولكن ينقطع هذا التقادم انقطاعا طبيعيا باستعمال حق الارتفاق ويظل هذا الانقطاع ممتدا طوال المدة التى يستعمل فيها هذا الحق ، فإذا لم يستعمل صاحب العقار المرتفق هذا الحق ، بدأ التقادم الجديد فى السريان من الوقت الذى يكف فيه المالك المذكور عن استعمال هذا الحق [2].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٣٨ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٨٨ .

أما إذا كان الانقطاع مدنيا ، فالأمر يحتاج إلى تفصيل :

فإذا كان السبب الذى قطع التقادم السابق هو المطالبة القضائية بقى أثر الانقطاع قائما مادامت الدعوى قائمة . فإن انتهت بحكم نهائى بدأ سريان تقادم جديد من وقت صدور الحكم . وسنرى أن مدة التقادم الجديدة تكون دائما خمس عشرة سنة .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت المحكمة مع تسليمها برفع الدعوى التى لم تقيد لم تفرق بين التقادم المسقط للحق نفسه والتقادم المسقط للدعوى المرفوعة بشأنه فاعتبرت أن قطع التقادم الخمسى الذى ينشأ عن رفع الدعوى لا يستمر إلا لمدة التقادم المسقط للحق ذاته فإنها تكون قد أخطأت. إذا أن لكل من تقادم الحق وتقادم الدعوى حكما خاصا. فالتقادم الخمسى ينقطع برفع الدعوى ويظل هذا الانقطاع مستمرا مادام سببه قائما .

وإذا كان سبب الانقطاع هو الدعوى فيبقى التقادم منقطعا إلى أن تسقط هى بالتقادم المسقط لها ومدته خمس عشرة سنة طبقا لحكم المادة ٨٢ من القانون المدنى ، ومادامت هذه المدة لم تنقض فيبقى أثر الانقطاع قائما . فإذا تحركت الدعوى فى أثنائها فيكون تحريكها صحيحا لعدم سقوط الحق المرفوعة به " .

(طعن رقم ٤٠ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/١١/٢٣)

وإذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة فيظل الانقطاع ممتدا طوال المدة التى تستغرقها الدعوى حتى تقضى المحكمة فيها بعدم الاختصاص نهائيا ثم يبدأ التقادم الجديد فى السريان من وقت صدور الحكم النهائى بعدم الاختصاص .

أما إذا قضى بترك المرافعة أو سقوط الخصومة أو بانقضائها ، أو باعتبارها كأن لم تكن أو برفض الدعوى أو بعدم قبولها لعدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه فيترتب على ذلك إلغاء صحيفة الدعوى وزوال كافة الآثار التى ترتبت عليها بما فى ذلك قطع التقادم ما إذا يعتبر الانقطاع المترتب على رفع الدعوى كأن لم يكن وأن التقادم مازال ساريا منذ البداية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط فى المطالبة القضائية التى تقطع التقادم المسقط أن يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق الذى يراد اقتضاؤه ولهذا فلا تعد صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما قاطعة إلا فى خصوص هذا الحق وما التحق به من توابعه مما يجب بوجوبه أو يسقط كذلك بسقوطه فإن تغاير الحقان أو تغاير مصدرهما فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعا لمدة التقادم بالنسبة للحق الآخر على أنه إذا رفضت الدعوى - التى من شأنها قطع التقادم - فإن هذا الرفض يزيل أثرها فى قطع التقادم ويعتبر الانقطاع كأنه لم يكن والتقادم الذى كان قد بدء قبل رفعها مستمرا فى سريانه " .

(طعن رقم ٢٠٦ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٤/٢٦)

٢- " القضاء فى الدعوى الأصلية بعدم القبول على أساس عدم وجود حق للمدعى قبل المدعى عليه يترتب عليه زوال ما كان لهذه الدعوى من أثر فى قطع التقادم واعتبار انقطاع التقادم المبنى عليها كأن لم يكن ".

(طعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٣)

٣- " مناط قيام الأثر الذى يرتبه الشارع على إجراء قانونى معين هو مطابقة هذا الإجراء أصلا لما اشترطه القانون فيه ، ومن ثم فإن انقطاع التقادم المترتب على المطالبة القضائية عملا بالمادة ٣٨٣ من القانون المدنى يستلزم صحة هذه المطالبة شكلا وموضوعا، وهو ما لا يتحقق إلا بصدور حكم نهائى فيها بإجابة صاحبها إلى طلبه كله أو بعضه ، أما انتهاؤها بغير ذلك فإنه يزيل أثرها فى الانقطاع ويصبح التقادم الذى بدأ قبلها مستمرا لم ينقطع".

(طعن رقم ١٨٠٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦)

وإذا كان التقادم قد قطع بسبب التنبيه ، فإن التقادم الجديد يسرى مقررا عقب التنبيه ، فأثر الانقطاع لا يمتد إلى المستقبل.

ولا يقطع التقادم بعد ذلك إلا الحجز الذى يلى التنبيه .

أما الانقطاع الذى يحصل بسبب الحجز ، فيمتد حتى تصل إجراءات التنفيذ إلى المرحلة النهائية إما بالبيع أو التقسيم أو التوزيع ، فإذا قفل التقسيم أو التوزيع بدأ التقادم الجديد فى السريان من هذا الوقت .

أما إذا قضى بإلغاء الحجز أو بطلانه أو باعتباره كأن لم يكـن فإنه يترتب على ذلك زوال كافة الآثار التى ترتبت عليه ومنها قطع التقادم ، فيعتبر انقطاع التقادم المترتب على الحجز كأن لم يكـن . وأن التقادم لايزال ساريا منذ البداية[1] .

وإذا كان سبب الانقطاع هو التقدم فى تفليس أو توزيع ، بقـى أثر الانقطاع قائما إلى أن تقفل التفليسة أو التوزيع بدأ سريان التقادم الجديد من هذا الوقت .

وقد قضت محكمة النقض بـأن :

١- " تقدم الدائن فى التوزيع مطالبا باختصاصه بجـزء مـن أموال المدين وإن كان يعتبر فى حكم المطالبة القضائية فى النظـام القضائى المختلط - لإعلان المدين به - ومن ثم يكون قاطعا للتقادم إلا أنه يجب القول بانتهاء هذا الانقطـاع كمـا هـو الحـال فـى الدعاوى- بانتهاء الفصل فى طلب الدائن واستبعاده نهائيـا . فـإذا كانت القائمة المؤقتة التى استبعدت دين الدائن قد أعلنت لـه ولـم يناقض فيها فإن الانقطاع ينتهى بفوات ميعاد المناقضة وصـيرورة هذا الاستبعاد نهائيا وتبدأ مدة تقادم أخرى من هـذا التـاريخ . ولا محل للقول بأن الانقطاع يستمر بالنسبة لمثل هذا الدائن بعد استبعاد دينه حتى صدور القائمة النهائية أو صدور أمر القاضـى بتسـليم قوائم الصرف للدائنين الآخرين ".

(طعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/١/١٧)

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٩٠- محمد كامل مرسى ص ٢٧٢.

٢- " إنه وإن كان تقدم الدائن فى التوزيع مطالبا باختصاصه بجزء من أموال مدينه هو مما ينقطع به التقادم فى النظام القضائى المختلط على أساس أن المدين يعلن به إلا أن الأثر المترتب على هذا الانقطاع ينتهى بقفل التوزيع ولا اعتداد بتاريخ صرف ما اختص به الدائن فى التوزيع ذلك أن إجراءات الصرف ليس من شأنها امتداد أثر انقطاع التقادم المترتب على الدخول فى التوزيع ، إذ هى لا تعدو أن تكون إجراءات إدارية بحتة تجرى بين قلم الكتاب وبين الدائن وليس المدين طرفا فيها ".

(طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٥/٣٠)

٣٣٣- صفة التقادم الجديد :

يحتفظ التقادم الجديد الذى يبدأ فى السريان بعد الانقطاع بصفات أو مميزات للتقادم الجديد ، فيبقى خاضعا لنفس القواعد .

فإذا كان التقادم المسقط الذى انقطع مدته خمس سنوات فإن التقادم الذى يبدأ فى السريان تكون مدته خمس سنوات .

وإذا كان التقادم الذى قطعت مدته تقادما بدأ بالشروط التى يتطلبها التقادم المكسب الخمسى فإن التقادم الجديد يسرى لنفس المدة ، ولو أنه فى وقت ابتداء هذا التقادم الجديد لم يكن واضع اليد حسن النية ، وبذلك لم تتوافر الشروط التى يتطلبها التقادم المكسب الخمسى .

غير أنه يستثنى من ذلك حالتان تصبح فيهما مدة التقادم الجديد هى مدة التقادم العادى . وهاتان الحالتان هما :

(الحالة الأولى)

إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حازة قوة الأمر المقضى :

إذا انتهى السبب الذى قطع التقادم السابق بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، فإن الحق الذى يتقرر بموجبه لا يسقط إلا بالتقادم الطويل أى بانقضاء خمس عشرة سنة ، وهى مدة تقادم الأحكام القضائية .

ويحوز الحكم قوة الأمر المقضى باستنفاد طرق الطعن العادية أو بفوات مواعيدها فالحكم الابتدائى يحوز قوة الأمر المقضى بفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف ، ويصبح حائزا لهذه القوة ، ليس من تاريخ صدوره ، وإنما من اليوم التالى لانتهاء ميعاد الاستئناف ، فتبدأ مدة التقادم اعتبارا من هذا اليوم .

فإذا طعن فى الحكم الابتدائى بالاستئناف ، فإنه يحوز قوة الأمر المقضى اعتبارا من تاريخ صدور الحكم الاستئنافى بتأييده ، ويبدأ التقادم الجديد اعتبارا من اليوم التالى لصدور الحكم الأخير . فإذا ألغت المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائى وقضت فى الموضوع ، فإن حكمها يحوز قوة الأمر المقضى فور صدوره ، ويبدأ التقادم اعتبارا من اليوم التالى لصدور الحكم .

ويجوز الحكم الاستئنافى وإنما قوة الأمر المقضى فور صدوره حتى لو طعن فيه بالنقض أو بالتماس إعادة النظر [١].

وينبنى على ذلك أنه إذا كانت مدة التقادم السابق أقصر من خمس عشر سنة ، فإن مدة التقادم الجديد الذى يبدأ سريانه منذ صدور هذا الحكم النهائى تكون خمس عشرة سنة كاملة لأن الحكم يعزز قوة الحق فى هذه الحالة . ويمده بسبب جديد للبقاء . فإذا كان هذا الالتزام مما كان تقادمه السابق يقوم على قرينة الوفاء كحقوق أصحاب المهن الحرة والتجار والصناع والعمال والخدم والأجراء، فإن هذه القرينة تزول نهائيا يصدور الحكم مثبتا الدين فى ذمة الدين. فتكون مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة ، وهى مدة التقادم فى الأصل ، وذلك بعد أن انتفت قرينة الوفاء التى تأسست عليها المدة القصيرة فى التقادم السابق ، حتى لو كان الالتزام دوريا متجددا إذ بصدور حكم نهائى به تزول عنه صفتا الدورية والتجدد ويصبح الدين معين المقدار. ومن ثم فلا يسقط إلا بالتقادم العادى[٢]

غير أنه إذا تضمن الحكم فوق ذلك التزامات لم تزل عنها صفتا الدورية والتجدد ، كما إذا قضى بإلزام المستأجر بأداء الأجرة المستجدة من تاريخ صدور الحكم حتى تاريخ إخلاء العين ،

---

(١) المستشار أنور طلبه ص ٦٣٦ ومابعدها .

(٢) سليمان مرقس ص ٥٢٢ ومابعدها – المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٩٣ – محمد على عمران البحث المشار إليه ص ٣٧٤ ومابعدها .

أو قضى بالفوائد التى تستجد بعد الحكم حتى يـوم التنفيـذ ، فـإن الالتزام بما يستجد من الأجرة أو الفوائد يسقط بالتقادم الخمسى لأن صفتى الدورية والتجدد لازالت لاحقة بها بالرغم من صدور الحكم بها فهى ليست واجبة الأداء يوم صدور الحكم ، بل هـى تسـتحق على أقساط دورية متجددة ومن ثم يتقادم كل قسط منهـا بخمـس سنوات من الوقت الذى يحل فيه دفع هذا القسط[١] .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل فى انقطاع التقادم- وعلى ما تقضى بـه الفقـرة الأولى من المادة ٣٨٥ من القانون المدنى – أنه لايغير من مقـدار المدة التى حددها القانون لانقضاء الالتزام ، وأن مـا ورد بـنص الفقرة الثانية من تلك المادة استثناء من هذا الأصل من أنه إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر لمقضى كانت مـدة التقـادم خمـس عشرة سنة ، مفاده أن الذى يحدث تغيير مدة التقادم المسقط للـدين فى الأحوال التى يحدد القانون لسقوطه مدة أقل من المدة العادية هو الحكم النهائى بالالتزام بالدين ، فهو وحده الذى يمكنه إحداث هـذا الأثر لما له من قوة تعيدية تزيد من حصانة الدين وتمـده بسـبب جديد للبقاء فلا يتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلـك خلافـا للحكم الذى يقتصر على مجرد تقرير الحق المدعى به دون إلـزام

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٩٣ ومابعدها .

المدعى عليه بأداء معين فهو لا يصلح ولو حاز قوة الأمر المقضى سندا تنفيذيا يمكن المحكوم له من اقتضاء حقه بـــإجراءات التنفيـــذ الجبرى ".

(طعن رقم ٢٩٢ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٨/١١/٣٠)

٢- " إن المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذا صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه ، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت وإن لم يحدد الضرر فى مداه أو التعويض فى مقداره يحيط بالمسئولية التقصيرية فى مختلف عناصرها ويرسى دين التعويض فى أصله ومبناه مماتقوم بين الخصوم حجيته وهـــى المناط بظاهر النص فى تعزيز الدين بما يبرر استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير . ولايسوغ فى صحيح النظر أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزا له ودلالة عليـــه بـــل يمتد إلى كل ما يتسع له محل الدين من عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الـــدين استكمالا له وتعيينا لمقداره فهى بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمس عشرة سنة".

(طعن رقم ١٠٦٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/١/٣١)

٣- " لما كانت المادة ٣٨٥ من القانون المدنى فيما تنص عليه فقرتها الثانية من تقادم الدين بخمس عشرة سنة إذ صدر به حكم حائز لقوة الأمر المقضى تستبدل التقادم الطويل بالتقادم القصير للدين متى عززه حكم يثبته ويكون له من قوة الأمر المقضى فيه ما يحصنه ، وإذ كان الحكم بالتعويض المؤقت وإن لم يحدد الضرر فى مداه يعرض للمسئولية التقصيرية بما يثبتها ولدين التعويض بما يرسيه غير معين المقدار مما يرتبط بالمنطوق أوثق ارتباط فتمتد إليه قوة الأمر المقضى ومتى توافرت لأصل الدين هذه القوة فهى بظاهر النص حسبه فى استبدال التقادم الطويل بتقادمه القصير ولو لميكن قابلا بعد للتنفيذ الجبرى . وليس يسوغ فى صحيح النظر أن يقصر الدين الذى أرساه الحكم على ما جرى به المنطوق رمزا له ودلالة عليه بل يمتد إلى كل ما يتسع له محله من عناصر تقديره ولو بدعوى لاحقة لا يرفعها المضرور بدين غير الدين بل يرفعها بذات الدين بستكمله بتعيين مقداره . فهى بهذه المثابة فرع من أصل تخضع لما يخضع له ، وتتقادم بما يتقادم به ومدته خمسة عشر سنة ".

(طعن رقم ٥٩٩ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨)

٤- " الحكم الصادر من المحكمة المختصة بإلغاء قرار لجنة الطعن فيما قرره من سقوط الضريبة عن السنوات من ١٩٤٣/٤٢ حتى ١٩٤٥/٤٤ الضريبية إنما اقتصر على هذه الإلغاء دون أن

يتجاوز ذلك إلى الإلزام بأداء دين الضريبة أو تقدير الأرباح عن هذه السنوات ومن ثم فلا يعد هذا الحكم ، وإن حاز قوة الأمر المقضى ، فى مقام الحكم بالدين فى مفهوم الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدنى ، لما كان ذلك فإن دين الضريبة المقدر بمعرفة المأمورية بعد صدوره بخمس سنوات " .

(طعن رقم ٢١٣٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/١٤)

(الحالة الثانية)

إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة وانقطع تقادمه بإقرار المدين :

إذا كان الدين مما يتقادم بسنة واحدة ، أى من الديون الواردة على سبيل الحصر بالمادة ٣٧٨ مدنى ، والتى تشمل حقوق التجار والصناع والعمال والخدم والأجراء ، فهذه الحقوق إذا صدر بها حكم ، فالحكم لايتقادم إلا بخمس عشرة سنة كما ذكرنا سلفا .

كما أنه إذا انقطع التقادم فيها عن طريق إقرار المدين بها ، فإنها تتقادم أيضا بالمدة المذكورة ، لأن التقادم الحولى المقرر لهذه الحقوق يقوم على قرينة الوفاء ، وإقرار المدين به يفضى إلى سقوط دلالة هذه القرينة ، فيجب سريان التقادم الطويل .

أما إذا انقطع التقادم فى هذه الحقوق بغير الإقرار ، فإنه لايترتب على قطع التقادم سقوط قرينة الوفاء وبالتالى لايغير قطع التقادم من مدة التقادم الجديد فتكون سنة واحدة .

وإن كان صدور حكم بدين – ولو كان من الديون الدورية المتجددة – يترتب عليه تحويل التقادم لما ينطوى عليه صدور الحكم من تجديد للدين . فإن هذا التحويل يترتب من باب أولى على اتفاق الطرفين .

فإذا ثبت أن الطرفين قد حررا سندا بالمتجمد من أجرة متأخرة وأنهما قصدا بذلك تجديد الدين ، فتزول عن الدين صفته الدورية ولا يتقادم إلا بمضى المدة الطويلة [١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وتكون مدة هذا التقادم الجديد هى مدة التقادم الأول : خمس عشرة سنة أو خمس سنوات أو ثلاث سنوات بحسب الأحوال. أما التقادم الحولى ، فتكون المدة الجديدة فيه خمس عشرة سنة على الدوام ، لأن قرينة الوفاء تسقط بالانقطاع ، كما تقدمت الإشارة إلى ذلك (أنظر ما ورد فى هذه المذكرة بشأن المادتين ٥١٥، ٥١٦ من المشروع) . ويستبدل التقادم بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقادم الخمسى كذلك إذا صدر حكم بالدين الدورى المتجدد حاز قوة الشئ المحكوم فيه ، ذلك أن الدين يتحدد نهائيا بصدور هذا الحكم وتزول عنه صفة الحلول الدورى فيسقط بانقضاء المدة العادية . فإذا تضمن الحكم ، فوق ذلك ، التزامات لم تزل عنها صفتها الدورية ،

---

(١) سليمان مرقس ص٥٢٤ – السنهورى ص١٠٣٢ هامش (٢) ومابعدها.

أى التزامات تصبح مستحقة الأداء فى المستقبل (كالحكم بما يستحق فى المستقبل من الإيجار) ظلت هذه الالتزامات خاضعة للتقادم الخمسى .

وينبغى كذلك أن يستبدل التقادم الطويل بانقضاء خمس عشرة سنة بالتقادم الثلاثى متى صدر حكم نهائى بالدين ، لأن الحكم يعزز قوى الحق فى هذه الحالة "(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى انقطاع التقادم أنه لا يغير مقدار المدة التى حددها القانون لزوال الالتزام ما لم يرد نص على غير ذلك أو يصدر حكم بالدين أو يحصل تجديده . وعلى ذلك فإنه ، فيما عدا الأحوال التى يقضى فيها القانون بتبديل مدة التقادم، إذا انقطع التقادم بإقرار المدين يكون الحكم فى تبديل المدة بسبب الإقرار منوطا بما يستخلصه قاضى الموضوع من واقع الدعوى عن المقصود بإثبات الالتزام فى سند جديد – هل هو من قبيل تجديد الدين أم لا ، فإذا تبين له ما ينفى نية التجديد وأقام قضاءه على أسباب مستساغة فلا معقب عليه فيه . وكذلك إذا ما ادعى الدائن تجديد الدين بدخوله فى حساب جار بينه وبين مدينه فإن المعول فى هذا أيضا يكون على ما يحصله قاضى الموضوع من الوقائع المطروحة عليه من وجود الحساب الجارى أو عدمه " .

(طعن رقم ١٣٩ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٣٨ .

٣٣٤ـ الأشخاص الذين يمتد إليهم انقطاع التقادم :

إذا كان الانقطاع طبيعيا فإن أثره يتعدى غير المالك ويستفيد منه الكافة ، فيجوز لكل ذى مصلحة التمسك به فيستفيد منه كل من ترتب له حق عينى على العقار ، كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق إذا كانت حقوقهم مهددة بالسقوط ، لأن الانقطاع الطبيعى هو نتيجة واقعة مادية يترتب عليها زوال الحيازة بالنسبة للكافة ، ومن ثم يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به فيستفيد منه كل من ترتب له حق عينى على العقار ، كصاحب حق الانتفاع أو الارتفاق إذا كانت حقوقهم مهددة بالسقوط ، لأن الانقطاع الطبيعى هو نتيجة واقعة مادية يترتب عليها زوال الحيازة بالنسبة للكافة ، ومن ثم يجوز لكل ذى مصلحة التمسك به .

أما الانقطاع المدنى فهو على خلاف ذلك فهو نتيجة عمل قانونى ، وآثار الأعمال القانونية تنحصر بين الأشخاص الذين كانوا طرفا فيها [١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الأصل فى الآثار التى تترتب قانونا على إجراءات التقاضى أنها نسبية بين طرفى الدعوى بصفاتهم التى اتخذوها. فالأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن

---

(١) محمد على عمران البحث المشار إليه ص ٣٧٩ ومابعدها .

رفعت عليه . فإذا أحال الدائن أجنبيا بدينه فرفع هذا الأجنبي الدعوى بالدين أمام المحكمة المختلطة فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن التحويل صوري ، فاستأنف الحكم ، ثم تنازل عن الاستئناف وطلب شطب الدعوى ، فحكمت المحكمة بالشطب ، ثم رفع الدائن الأصلي الدعوى بدينه أمام المحكمة الأهلية فدفع المدين بسقوط الحق في المطالبة بالدين بمضي المدة ، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة المختلطة لا يمكن أن يتعدى أثره رافعها الأجنبي فيقطع التقادم بالنسبة لغيره ".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٣٩/٤/٦)

٢- " مدة التقادم لا تتغير بصدور حكم بالدين طبقا للمادة ٢/٣٨٥ من القانون المدني - كصريح هذا النص - إلا بالنسبة لمن يعتبر الحكم حجة عليهم وله قوة الأمر المقضي قبلهم " .

(طعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

ويترتب على ذلك ما يأتي :

١- إذا رفع المالك دعوى استحقاق ضد شخص اشترى عقارا من غاصب فلا يكون لها أثر ضد البائع ولا تعد قاطعة للتقادم بالنسبة له .

٢- إذا كان الدين لعدة دائنين كورثة مثلا وتجزأ عليهم فإذا قطع أحد الدائنين التقادم ضد المدين ، فلا يترتب على ذلك قطع التقادم الساري ضد باقي الدائنين .

٣- أنه إذا قطع الدائن التقادم ضد المدين فلا ينقطع ضد الكفيل، وإذا قطع ضد الكفيل لم ينقطع ضد المدين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن مطالبة المدين واستصدار حكم عليه بالدين لا تغير مدة التقادم بالنسبة لكفيل المتضامن إذا كان لم يطالب ولم يحكم عليه معه ".

(طعن رقم ٢٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٤٠/٦/٦)

أما إذا انقضى الالتزام بالتقادم بالنسبة للمدين الأصلي ، انقضى التزام الكفيل بالتبعيه ، والتزام الكفيل ينقضي هنا ولو لم تكتمل مدة التقادم بالنسبة إليه ، إذا هو لاينقضي عندئذ بصفة أصلية ، بل هو ينقضي تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي .

٣٣٥- حالات يمتد أثر الانقطاع إلى غير الحق الذى قطع فيه التقادم :

يستثنى من القاعدة السابقة عدة حالات يمتد فيها الانقطاع إلى غير الحق الذى قطع فيه التقادم وهى :

١- **حالة التضامن** : إذا قطع أحد الدائنين المتضامنين التقادم ضد المدين ، يفيد منها باقى الدائنين المتضامنين وينقطع التقادم لمصلحتهم أيضا ضد المدين . لأن الدائن الذى قطع التقادم يعتبر وكيلا عنهم فى هذا العمل الذى يفيدهم جميعا . وعكس ذلك هو حكم التقادم فى التضامن السلبى ذلك أنه إذا قطع الدائن التقادم ضد أحد

المدينين المتضامنين ، فإنه التقادم لاينقطع بالنسبة إلى باقى المدينين المتضامنين . لأن المدين الذى انقطع التقادم بالنسبة له لا يمثل باقى المدينين ولا ينوب عنهم إلا فيما ينفعهم . وقطع التقادم يضرهم وعلى ذلك فلا يسرى عليهم هذا القطع ، ومن ثم إذا أراد الدائن أن يقطع التقادم فى حق المدينين المتضامنين ، وجب عليه أن يتخذ إجراء قطع التقادم بالنسبة إلى كل منهم حتى ينقطع التقادم فى حق الجميع (١).

٢- حالة عدم القابلية للانقسام :

إذا كانت طبيعة المحل لا تقبل الانقسام أو التجزئة ، سواء كان الأمر خاصا بحقوق عينية أم شخصية ، فإن انقطاع التقادم الواقع ضد أحد ذوى الشأن أو لمصلحته يستفيد منه الآخرون أو يحتج به ضدهم . فقطع المدة ضد أحد الشركاء فى عقار غير قابل للانقسام يوجب انقطاعها بالنسبة إلى الباقبن حتما .

وليس ذلك لأن بعضهم ينوب عن بعض ، بل لأن طبيعة الحق غير القابل للانقسام تأبى كسبا مجزءا ، فإما أن يكسب كله أولا يكسب شيئا منه أصلا (٢).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ١٩٧ ومابعدها - المستشار على أحمد حسن ص ١٩٧ ومابعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٢٨ ومابعدها - المستشار على أحمد حسن ص ٩٠ - محمد على عمران البحث المشار إليه ص ٣٨٠ ومابعدها .

مــادة (٣٨٦)

١- يترتب على التقادم انقضاء الالتزام . ومع ذلك يتخلف فى ذمة المدين التزام طبيعى .

٢- وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها مــن الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات .

الشــــرح

٣٣٦- تخلف التزام طبيعى عن التقادم :

إذا اكتملت مدة التقادم ولم يدفع المدين بالانقضاء ظل الالتــزام قائما ويترتب على ذلك أن الوفاء يقع صحيحا ولا يكــون للــدائن استرداده ، ولو تم الوفاء عن غلط .

ويحق للكفيل أن يدفع بالتقادم ولو لم يدفع به المدين .

وأن المقاصة تقع إذا تمسك الدائن بها قبل أن يتمســك المــدين بالتقادم وليس للمدين التمسك بعد ذلك بالتقادم لأن الدين يكون قــد انقضى بالمقاصة وحكمها حكم الوفاء [1].

أما إذا تم التمسك بالتقادم فإن الالتزام ينقضى ، ويتخلف عنــه التزام طبيعى فى ذمة المدين .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إذا تم التمسك بالتقادم قامت بذلك قرينة قاطعة على الوفــاء ، ومن ثم ينقضى الالتزام ، ويتخلف عنه التزام طبيعــى فــى ذمــة

---

(١) السنهورى ص ١٠٦٧ ومابعدها - المستشار أنور طلبه ص ٦٤٢ .

المدين . ولا ينقضى الالتزام قبل التمسك بالتقادم بمجـرد انقضـاء المدة المسقطة ، بل يظل التزاما مدنيا إلى أن يدفع بتقادمه "[١].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " يشترط لاعتبار الدين بعد سـقوطه التزامـا طبيعيـا أن لايكون مخالفا للنظام العام ، ولما كان التقادم فى المسائل الجنائيـة يعتبر من النظام العام فإنه إذا تكاملت مدته لا يتخلف عنه أى التزام طبيعى ، وإذن فمتى كان الحكم قد قـرر أن دفـع الغرامـة مـن المحكوم عليه بعد سقوطها بالتقادم يعتبر بمثابة وفاء لدين طبيعـى لايصح استرداده ، فإن هذا الحكم يكون قد خالف القانون ".

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/٣/٢٤)

٢- " الالتزام لاينقضى بمجرد اكتمال لعدة التقادم بـل يظـل التزاما مدنيا واجب الوفاء إلى أن يدفع بتقادمـه ، فـإذا انقضـى الالتزام المدنى بالتقادم تخلف عنه التزام طبيعى فى ذمة المـدين . ولما كان الثابت أن الطاعنين نزلوا عن التقادم بعد أن اكتملت مدته وقبل أن يرفعوا دعواهم التى تمسكوا فيها بانقضاء الدين بالتقـادم ، فإن مؤدى ذلك أن يبقى الالتزام مدنيا ويلزم الطاعنين بأداء الـدين ولا يتخلف عنه التزام طبيعى ".

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٠ ومابعدها .

ويترتب على ذلك ما يأتى :

أ- أن وفاء المدين بالدين يقع صحيحاً ولا يكون للدائن استرداده ولو تم الوفاء عن غلط .

٣٣٧ ـ قبول الدفع بالتقادم يؤدى إلى رفض الدعوى :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" الحكم بقبول الدفع بالتقادم هو قضاء فى أصل الدعوى ينقضى به الالتزام ، ولازم ذلك هو القضاء برفض الدعوى . ومن ثم فلا تناقض بين ما انتهى إليه الـ ـ فى أسبابه من قبول الدفع بالتقادم ، وبين قضائه فى منطوقه بتأييد الحكم المستأنف القاضى برفض الدعوى " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢)

١- " القضاء برفض الدفع بسقوط الحق بالتقادم ، لاتنتهى به الخصومة كلها أو فى شق منها ، ولايجوز الطعن عليه وفق المادة ٣٧٨من قانون المرافعات السابق إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع ، مما مؤداه أن يعتبر مطروحا على المحكمة الاستئنافية".

(طعن رقم ٥٨٧ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/١٠)

٣٣٨ ـ القضاء برفض الدفع بالتقادم غير منه للخصومة :

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" تقضى المادة ٣٧٨ من قانون المرافعات السابق بعدم جواز الطعن فى الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ، ولا

تنتهى بها الخصومة كلها أو بعضها إلا مع الطعن فى الحكم الصادر فى الموضوع . وإذ كان الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية والذى قضى برفض الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لم تنته به الخصومة كلها أو فى شق منها ، فإنه لايجوز الطعن فيه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - إلا مع الحكم الصادر فى الموضوع " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢)

٣٣٩ـ سقوط الدين وتوابعه :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه : " وإذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات .

فيترتب على اكتمال مدة التقادم ودفع المدين بالتقادم سقوط الحق وتوابعه ، لأن التابع يزول بزوال الأصل ، وعلى ذلك ينقضى التزام الكفيل تبعا لسقوط التزام المدين بالتقادم ، كما تنقضى الحقوق العينية التبعية التىتضمن الالتزام الأصلى كالرهن الرسمى. وحقوق الامتياز والاختصاص .

أما الرهن الحيازى فله حكم خاص ، فهو يمنع من تقادم الدين مادام الشئ المرهون فى حيازة الدائن لأن بقاء المال المرهون فى حيازة الدائن المرتهن يعتبر اعترافا ضمنيا من جانب المدين بوجود الدين فى ذمته (م٢/٣٨٤ مدنى) .

وتعتبر فوائد الدين وملحقاته من توابع الدين ، وبالتالى فهـى تسقط مع الدين حتى ولو لم تكن الفوائد قد سقطت بالتقادم الخمسى الخاص بها ، ويمكن تصور ذلك فى حالة تقادم الدين بمدة أقل من ذلك ، كحالة استرداد ما دفع بغير حق ، فقد رأينا أنه يسقط بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقـه فى الاسترداد (م١٨٧ مدنى) فإذا تقادم هذا الدين وسقط تسقط تبعا لذلك الفوائد حتى التى لم يمض على استحقاقها خمس سنوات .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إذا كان من مقتضى الفقرة الثانية من المـادة ٣٨٦ مـن القانون المدنى أنه إذاسقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولولم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات وكانت المبالغ الإضافية من فوائد وغرامات موضوع الطعن تعتبـر مـن ملحقات الحق الأصلى وهو دفع الاشتراكات الذى يسقط بالتقـادم ، فإن تلك المبالغ الإضافية تسقط هى الأخرى مع هذا الحق ".

(طعن رقم ١٩٤ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١٤)

٣٤٠- سقوط الحق والدعوى :

يذهب الرأى الغالب فى الفقه إلى أنه التقـادم يسـقط الـدعوى والحق معا ، فليست الدعوى سوى الحق ، ولا يوجد حـق بـدون دعوى ، كما لا توجد دعوى بدون حق وأن موضوع الدعوى هـو

نفسه موضوع الحق ، وتشارك الدعوى الحق في خصائصه ومصيره فتكون مثله عينية أو شخصية أو عقارية أو منقولة .

والبادى أن القانون المدنى المصرى قد أخذ بهذا الرأى فهو لم يفرق بين الحق والدعوى، فهو تارة يقرر فى بعض النصوص بسقوط الدعوى بالتقادم كالمواد (١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٩٧) وتارة بسقوط الحق بالتقادم كالمواد (٣٧٥ ، ٣٧٦ ، ٣٧٧ ، ٣٧٨ ، ٣٨٦) [١].

٣٤١ـ الأثر الرجعى للتقادم :

يترتب على التقادم سقوط الحق بأثر رجعى بحيث يعتبر أنه انقضى من الوقت الذى يبدأ منه سريان التقادم ، لا من وقت التمسك بالتقادم فقط ، ولا من وقت تمام التقادم ، ولا من وقت ثبوت الحق، ولا وقت استحقاقه .

فإذا نشأ حق (فى أول يناير ١٩٣٠) معلق على أجل (أول يناير ١٩٣١) ثم حل الأجل، ومضت عليه مدة (أربع سنوات) ثم انقطع التقادم (أول يناير ١٩٣٥) ثم زال سبب الانقطاع (أول يناير ١٩٣٧) ، ثم بدأت مدة جديدة للتقادم (ابتداء من ٢ يناير ١٩٣٧) ، ثم تمت هذه المدة (١٥ سنة تنتهى فى ٢ يناير ١٩٥٢) ثم تمسك المدين بالتقادم (أول يناير ١٩٥٣) ، فإن الحق يعتبر منتفيا من وقت بدء سريان التقادم التى تمت مدته (أى من أول يناير ١٩٣٧).

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٦٩١ .

ويترتب على أن الحق يعتبر منقضيا من وقت بدء التقادم لا من وقت تمامه أن لا تكون لذلك الحق فوائد. أما بدون الأثر الرجعى ، فإن الحق يعتبر منقضيا من وقت تمام التقادم ولكن يبقى للدائن أن يطالب بفوائد خمس السنين الأخيرة وهذا ما لا يمكن التسليم به . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ نصت صراحة على أنه: " إذا سقط الحق بالتقادم سقطت معه الفوائد وغيرها من الملحقات ولو لم تكتمل مدة التقادم الخاصة بهذه الملحقات "[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويستند أثر التمسك بالتقادم . ويعتبر أن الالتزام قد انقضى من وقت أن أصبح مستحق الأداء . ويتفرع على ذلك أن فوائد الدين الذى ينقضى بالتقادم تتقادم هى الأخرى ، ولو كان التقادم الخمسى الخاص بها لم يكتمل مدته ، وكذلك يكون الحكم فى سائر الملحقات "[٢].

---

(١) سليمان مرقس ص ٥٢٤- محمد كامل مرسى ص ٥٣٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٣٤١ .

مــادة (٣٨٧)

١- لايجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفســها بــل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

٢- ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية .

الشـــرح

٣٤٢ـ وجوب التمسك بالتقادم :

التقادم فى المسائل المدنية – عكس المسائل الجنائيــة – ممــالا يتعلق بالنظام العام . لأنه وإن كان مبنيا على اعتبــارات متعلقــة بالصالح العام لضمان الأوضاع المستقرة ، إلا أن مــرده ضـــمير الشخص ووجدانه ، فقد يأبى المدين أن يجحد الحق أو ينكره ، فلا يدفع بالتقادم لأنه يجد فيه مخالفة للشرف أو الذمة . وفضـــلا عــن ذلك فإن التقادم من شأنه أن يثير وقائع كثيرة لا يتيسر للقاضى أن يستخلصها من تلقاء نفسه من واقع الأوراق والمستندات ، ولــذلك علق المشرع تمام التقادم على وجوب التمسك به أمام القضاء[١].

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"١- ليس التقادم سبباً حقيقياً من أسباب انقضاء الالتزام ، بــل هو مجرد وسيلة لقطع حق المطالبة ولذلك ينبغى أن يتمسك بــه ذو

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٨ ومابعدها .

الشأن ولايجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولدائنى المدين وذوى الشأن كافة أن يتمسكوا باسمه بما يتم من ضروب التقادم لصالحه (كالحائز بالنسبة للدائن ذى الرهن الرسمى) ويجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولو كان ذلك فى الاستئناف دون النقض ما لم يتنازل عنه ذو الشأن صراحة أو دلالة"[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن التقادم فى المسائل المدنية ليس من النظام العام ، فعلى مدعى التملك بوضع اليد إذا أراد ضم مدة سلفه إلى مدته أن يبدى هذا الطلب أمام محكمة الموضوع . ويثبت أن سلفه كان حائزا حيازة توافرت فيها الشروط القانونية من ظهور واستمرار وهدوء ولم يطرأ عليها انقطاع أو إقرار ... الخ ، أما التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض فغير جائز " .

(طعن رقم ٢٤ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/١/١١)

٢- " الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام . ولايغنى عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لايغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه".

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٢ .

٣- " يتعين على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لا تحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٠)

٤- " مفاد المادتين ٩٦٨ ، ٢/٣٨٨ من القانون المدنى أن أثر التقادم باكتساب الحائز ملكية الشئ أو الحق محل الحيازة لا يقع تلقائيا بقوة القانون ، وإنما يتوقف قيام هذا الأثر على إرادة الحائز فإن شاء تمسك به وإن شاء تنازل عنه صراحة أو ضمنا " .

(طعنان رقما ١٧٨٣، ١٩٦٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٩)

٣٤٣ـ من له الحق فى التمسك بالتقادم ؟

نصت المادة على أن التمسك بالتقادم يكون بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه **أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .**

ومن ذوى المصلحة الذين يحق لهم التمسك بالتقادم :

١- **الكفيل** : فإذا كان دين الأصيل قد انقضت عليه مدة التقادم ولم تنقض المدة على دين الكفيل ، بأن يكون الدائن مثلا قطع التقادم بالنسبة إلى الكفيل دون أن يقطعه بالنسبة إلى الأصيل . فللكفيل فى هذه الحالة أن يتمسك بأن دين الأصيل قد سقط بالتقادم

فتكون ذمة الأصيل قد برئت من الدين فتبرأ تبعا لذلك ذمة الكفيل[١].

٢- المدين المتضامن :

للمدين المتضامن أن يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين فتبرأ ذمته قبل الدائن بمقدار هذه الحصة .

ويجب أن يلاحظ أنه إذا انقضى الدين بالنسبة لمدين من المدينين المتضامنين ، استفاد من ذلك باقى المدينين الذين لم يتقادم التزامهم فى حدود نصيب المدين الذى سرى التقادم لصالحه وعلى ذلك فلا يلزمون بوفاء الدين كاملا للدائن ، فمن حقهم استنزال حصة المدين الذى وقع التقادم لصالحه .

وفى هذا تقول المادة ١/٢٩٢ مدنى أنه " إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقى المدينين إلا بقدر حصة هذا المدين ".

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ١/٣٨٧ من القانون المدنى أن إبداء الدفع بالتقادم المسقط مقصور على من له مصلحة فيه . ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا فى حق من تمسك به ، وأنه وإن جاز للمدين المتضامن طبقا للمادة ٢٩٢ من القانون المدنى أن يدفع بتقادم الدين

---

(١) السنهورى ص ١٠٤٧ .

بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين . إلا أنه إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع ، فإن أثره لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به".

(طعن رقم ٩٧٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨)

٣٤٤ـ التمسك بالدفع بالتقادم يكون أمام المحكمة :

يجب التمسك بالدفع بالتقادم أمام محكمة الموضوع ، فلا يكفى التمسك به فى أثناء محاولات الصلح أو التوفيق أوفى محاضر أعمال الخبير [١].

ويجب إبداء الدفع بالتقادم فى عبارة واضحة لاتحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم المتمسك به لأن لكل تقادم شروط وأحكام .

فلا يصلح دفعا بالتقادم قول المدعى عليه فى مذكرته الختامية بأنه يطلب رفض الدعوى " بناء على جميع الدفوع بعدم القبول " أو قول المدعى عليه أنه " يدهش من تأخر الدائن فى رفع دعوى". فمثل هذه العبارات الغامضة لا تصلح أساسا للدفع بالتقادم [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام . ولايغنى

---

(١) السنهورى جـ٣ ص ١٠٤١ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٤٩ .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٠.

عن ذلك طلب الحكم برفض الدعوى كما لا يغنى عنه التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤)

٣٤٥ـ تحديد نوع التقادم :

لايجوز التمسك بالتقادم دون تعيين مدته لأن لكل تقادم شروط وأحكام ، أو التمسك بالتقادم بمدة أخرى غير المدة المقررة . إذ لايجوز للمحكمة فى هذه الحالة أن تبحث عن نوع التقادم المنطبق والقضاء به [(١)].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام وإذا ما أريد التمسك بنوع من أنواع التقادم فينبغى التمسك به أمام محكمة الموضوع فى عبارة واضحة لا تحتمل الإبهام ولايغنى عن ذلك التمسك بنوع آخر من أنواع التقادم لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه ".

(طعن رقم ١١٤٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤)

---

(١) محمد كامل مرسى ص ١٩- السنهورى جـ٢ ص ١٠٤٦ – وعكس ذلك عبد المنعم البدراوى حق الملكية ١٩٧٨ ص٥٤٠- المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥٢ ومابعدها ، فيريان أنه إذا دفع المدين بالتقادم الخمسى مثلا فإنه يعتبر متمسكا ضمنا وبصفة احتياطية بالتقادم الطويل فى حالة عدم توافر شروط التقادم الخمسى ، وعلى ذلك يتعين على القاضى أن يبحث من غير طلب خاص – فيما إذا كانت مدة التقادم الطويل تمت أم لا .

٢- " يتعين على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لاكتساب الملكية بالتقادم أن يتمسك به صاحب الشأن فى اكتسابها بعبارة واضحة لاتحتمل الإبهام وأن يبين نوع التقادم الذى يتمسك به لأن لكل تقادم شروطه وأحكامه " .

(طعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٠)

(راجع أيضا طعن رقم ٥٣١ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦٢/٥/٢٤ المنشور بالبند السابق)

٣٤٦- يجوز إبداء الدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى :

يجوز إبداء الدفع بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى . فللخصم التمسك به منذ البداية ، وقبل إبداء أى دفع شكلى أو موضوعى ، وله أن يؤخره إلى ما بعد إبداء الدفوع ، طالما لم يقفل باب المرافعة فى الدعوى . ما لم تستخلص المحكمة من تأخيره فى إبداء الدفع نزولا منه عنه . وعدم إبداء الدفع أمام محكمة أول درجة لا يحرم الخصم من التمسك به أمام محكمة ثانى درجة ، ما لم يثبت تنازله عنه وإذا تمسك الخصم بالتقادم أمام محكمة أول درجة فقضت له بذلك ، فحسبه أمام محكمة الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف حتى يعتبر متمسكا بالتقادم أمام هذه المحكمة. أما إذا تمسك بالتقادم أمام محكمة أول درجة ولكنه كسب الدعوى

دون نظر إلى التقادم فإنه لا يكفى فى الاستئناف أن يطلب تأييد الحكم المستأنف ، بل لابد له من التمسك بالتقادم من جديد [١].

مع ملاحظة أن جواز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى مشروط بألا تدل الظروف على أن الحائز قد نزل عن التقادم [٢].

ولا يعتبر مجرد سكوت الخصم عن التمسك بالدفع أمام محكمة أول درجة تنازلا منه عنه ، فقد يكون جاهلا وجود التقادم أو قد يكون مبقيا التمسك به فى النهاية إذا لم تنجح أوجه دفاعه الأخرى ، وخصوصا أن الدفع به قد لا يرتضيه ضمير كل إنسان [٣].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١-" النص فى الفقرة الثانية من المادة ٣٨٧ من القانون المدنى على أنه " يجوز التمسك بالتقادم فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام المحكمة الاستئنافية " مؤداه أن من فاته الدفع بالتقادم أمام محكمة الدرجة الأولى سواء كان يجهله أو كان يعلمه ومبقيا على التمسك به أمام محكمة الدرجة الثانية إذا ما أخفق فى دفاعه أمام محكمة الدرجة الأولى ، فإنه يسوغ له التمسك به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف- ما لم ينطو تأخيره فى إبدائه على معنى النزول

---

(١) السنهورى جـ٢ ص ١٠٥٠ - المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١ .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٢٢ .

عنه ضمنا – وهو بهذه المثابة يعتبر من الدفوع الموضوعية التي يجوز التمسك بها أمام محكمة الاستئناف ولو لم يسبق إثارتها أمام محكمة الدرجة الأولى ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الدفع بالتقادم من قبيل الطلبات الجديدة التي يمتنع إبداؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة لم تتنزل عن هذا الدفع صراحة أو دلالة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه ".

(طعن رقم ٣١٨ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٧/١١/٢٢)

٢- " يترتب على الاستئناف نقل الدعوى إلى محكمة الاستئناف بما سبق أن أبداه المستأنف عليه أمام محكمة أول درجة من دفوع وأوجه دفاع ، وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف، حتى ما كان منها قد صدر برفضه حكم مستقل من محكمة أول درجة . وأعفاه عن استئنافه صدور الحكم في الدعوى لمصلحته ، وعلى المحكمة أن تفصل فيها إلا إذا تنازل المستأنف عليه عن التمسك بشئ منها صراحة أو ضمنا . وإذ كان الثابت مما حصله الحكم المطعون فيه أن المستأنف عليه لم يتخل عن الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم ، بل تمسك به صراحة ، فإنه يعتبر مطروحا على محكمة الاستئناف " .

(طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/٢)

٣- " الدفع بالتقادم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- دفع موضوعى ، يجوز إبدائه فى أية حالة كانت عليه الدعوى ، ولأول مرة فى الاستئناف والنزول عنه لا يفترض ولايؤخذ بالظن".

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦)

٣٤٧ـ عدم جواز التمسك بالتقادم لأول مرة أمام محكمة النقض :

وإن كان يجوز الدفع بالتقادم فى الاستئناف فإنه لايجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن محكمة النقض لاتستطيع أن تنظر أوجها جديدة لم يسبق الدفع بها أمام محكمة الموضوع ، وليس الدفع بالتقادم متعلقا بالنظام العام حتى يجوز لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها [١].

على أنه إذا نقضت هذه المحكمة الحكم وأحالت الدعوى إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد ، فحكم النقض يعيد الخصومة إلى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض ، ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى كذلك ، ومن ثم يصح التمسك بالتقادم لأول مرة أمام المحكمة المحال إليها الدعوى ، ما لم يكن صاحب الشأن قد أتى فعلا أو عملا يفيد التنازل عنه ضمنا [٢].

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٢ ومابعدها - السنهورى ص ١٤٥٧- المستشار محمد عبد اللطيف ص ٥١ ومابعدها .

(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٥ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بدفاعه الخاص بتقادم الدعوى فإن النعى بذلك يعد سببا جديدا لاتجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٣٢٠ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢)

٢- " التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان فإنه لايقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام هذه المحكمة ".

(طعن رقم ٩٣ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

٣- " الدفع بالتقادم من الدفوع المتعلقة بموضوع الدعوى ، وإذ كان الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع ، فإنه يعتبر سببا جديدا لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ".

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

مـادة (٣٨٨)

١- لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحـق فيـه ، كمـا لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى بينها القانون .

٢- وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فـى حقوقـه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، علـى أن هـذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم

الشـــرح

٣٤٨ـ عدم جواز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه :

لايجوز بصريح نص الفقرة الأولى من المادة النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه . ولا يثبت الحق فى التقادم إلا باكتمـال مـدة التقادم . ومن ثم إذا حصل هذا التنازل كان باطلا ، ولا يرتب ثمة أثر .

والعلة فى ذلك أن التقادم متعلق بالنظام العام من حيـث كونـه وسيلة من وسائل الأمن الاجتماعى والاقتصادى لا تسـتقر بدونـه المعاملات ، فإذ أجيز النزول عنه قبل ثبوت الحق فيه ، أصبح فى ميسور كل دائن أن يجبر مدينه على النزول عنه مقدماً ، وبالتـالى يصبح التقادم مستحيل التطبيق عملا ، وهذا يتعارض مـع حكمـة التقادم التى تقضى بوضع حد زمنى لاستعمال الحقوق والدعاوى .

والنزول مقدما عن التقادم المكسب ، نادر الوقوع عملا ، ومن الحالات التى يمكن تصور وقوعه فيها أن يعترف الحائز بأن وضع يده يقوم على سبب عرضى ثم يتعهد فى الوقت نفسه بعدم التمسك مستقبلا بالتقادم المكسب حتى ولو تغير سبب وضع يده [١].

والمقصود بالتنازل السابق المحرم قانونا هو التنازل الصادر للخصم قبل اكتمال مدة التقادم، سواء حصل قبل سريان مدة التقادم، كما هو الحال فى الالتزامات الشرطية أو الأجلية إذ لايصبح النزول مقدما عن التقادم قبل تحقق الشرط أو حلول الأجل ، لأن تقادم مثل هذا الالتزام لا يبدأ فى السريان إلا من اليوم الذى يصبح فيه الدين واجب الأداء . أو حصل أثناء مدة سريانه .

غير أن هذا التنازل الذى يحصل مقدما يعتبر اعترافا بالدين قاطعا للتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" النص فى الفقرة الأولى من المادة ٣٨٨ من القانون المدنى على أنه : " لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه .."يدل على أن كل اتفاق يتعهد بمقتضاه المدين بعدم التمسك بالتقادم يقع باطلا متى تم هذا الاتفاق قبل انقضاء مدته ، وأنه لايجوز ترك مبدأ سريان التقادم لاتفاق يعقد بين الدائن والمدين ".

(طعن رقم ١٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/٩)

---

(١) المستشار محمد عبدا للطيف ص ٧١ ومابعدها .

٣٤٩ـ إجازة النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل :

لئن كان – كما رأينا سلفا – أنه لايجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، إلا أنه يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل . وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم باعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن يترتب عليه زوال كل أثر للمدة السابقة وسريان تقادم جديد فى انحال[1] .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" لايجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، إنما يجوز النزول عن المدة التى انقضت فى تقادم لم يكتمل وهذا النوع من النزول إنما يقطع التقادم على أساس اعتباره إقرارا من المدين بحق الدائن ".

(طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٦٩/١/٣)

٣٥٠ـ التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه :

أجازت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٨ التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه .

فقد أجاز النص التنازل عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه ، لأنه لا يترتب عليه أى ضرر للمجتمع لأنه لا يتعارض إلا مع المصلحة الخاصة، فالحائز حر فى أن يتنازل عن الحق الذى اكتسبه بالتقادم ،

---

(١) السنهورى ص ١٤٦٤ –.المستشار محمد عبد اللطيف ص ٧٣ .

إذ كان طريق الاكتساب هذا لايرتضيه ضميره ، وذلك بخلاف التنازل مقدما عن التقادم ، فإن القانون لم يجزه مراعاة للمصلحة الاجتماعية، لأن إجازته تشجع الإهمال والتهاون من جانب أصحاب الحقوق ، فتتعارض مع الغرض الذى شرع التقادم من أجله[١].

ونزول الحائز تصرف قانونى من جانب واحد لايحتاج إلى قبول .

ويجوز أن يصدر التنازل من شخص معنوى، بواسطة من يمثله .

ولايخضع التنازل لأى شرط خاص بالشكل .

وهذا التنازل قد يكون صريحا كما يصح أن يكون ضمنيا ، وقد نصت على التنازل الضمنى صراحة الفقرة الثانية من المادة .

وينشأ التنازل الصريح بإظهار الإرادة شفاهة أو كتابة ، فلا يتحتم أن يكون التنازل بسند يثبته .

والتنازل قد يكون منجزا أو شرطيا [٢].

فليس ثمة ما يمنع المدين من تعليق تنازله على قبول الدائن ما يعرضه المدين عليه ، بحيث إذا لم يقبل العرض يعتبر التنازل غير موجود[٣] .

وإثبات التنازل الصريح يحصل وفقا للقواعد العامة فيجوز إثباته بشهادة الشهود إذا كانت قيمة الحق لاتجاوز خمسمائة جنيه ، وبالكتابة أو بما يقوم مقامها إذا زادت على هذه القيمة .

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٣ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٠.

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٣ .

أما التنازل الضمنى فهو الذى يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها إرادة التنــازل بوضوح لا غموض فيه . لأن التنازل لا يمكــن أن يفتــرض بــل يجوز فقط استنتاجه من الوقائع الثابتة فى الدعوى .

واستخلاص النزول عن التقادم مما يدخل فى ســلطة قاضــى الموضوع ولا معقب على رأيه فى ذلك من محكمة النقض مــادام استخلاصه سائغا .

ومن أمثلة النزول الضمنى عن التقادم المكسب قيــام المــدين بالوفاء بجزء من الدين لأن الوفاء الجزئى يعد اعترافا ضمنيا بكــل الدين ، ما لم يكن المدين قصر اعترافه على المبلغ المدفوع واحتفظ لنفسه بالحق فى الطعن فى باقى الدين أو فى التمســك بالتقــادم . ويعتبر دفع الفوائد بمثابة تنازل ضمنى عن التمسك بالتقادم بالنسبة لأصل الدين ، ويصح أن يستفاد النزول الضمنى من عرض المدين الدين ، أو من طلب مهلة للوفاء به ، أو من رد المدين على الدائن بإجراء الحساب ، أو من تمسكه بوقوع المقاصة . أو مناقشة المدين كشف الحساب المقدم من الدائن عقب حكم تمهيدى ، أو تقديم الدين كفيلا أو ضمانا عينيا يضمن الوفاء بالدين [١].

---

(١) المستشار محمد عبدا للطيف ص ٨٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " استخلاص النزول عن التقادم المسقط بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان هذا الاستخلاص سائغا فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن سكوت المطعون عليه عن إبداء التقادم وقت توقيع الحجز تحت يده لا يفيد النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم فإن هذا الاستخلاص سائغ لا مخالفة فيه للقانون ولاتكون مجادلة الطاعن فى هذا الخصوص إلا جدلا موضوعيا لاتجوز إثارته أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣)

٢- " الدفع بالتقادم هو دفع موضوعى يجوز إبداؤه فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولأول مرة فى الاستئناف والنزول عنه لا يفترض ولا يؤخذ بالظن " .

(طعن رقم ٢٣١ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٨)

٣- استخلاص النزول عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب على رأيه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا " .

(طعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨)

٤- مؤدى نص المادة ٣٨٨ من التقنين المدنى أن النزول عـن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من جانب واحد يتم بمجـرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ، ولما كان النزول عن التقادم لايخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الإرادة يفيد معناه ، فإنه يجوز أن يكون ضمنا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه ، ولما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن قاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان يستقى مـن موقـف المدين ما يستفاد منه حتما نزوله عن الدفع بالتقادم بمـا لا معقـب عليه مادام استخلاصه سائغا لما كان ذلك وكان البين من مـدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين بصفتهما تمسـكا أمـام محكمـة الموضوع بسقوط الحق فى المطالبة بالأجرة بالتقـادم عـن المـدة السابقة على ١٩٤٩/١١/٢٩ وأنه استخلص مـن الكتـاب الـذى وجهته المنطقة التعليمية إلى المطعون عليهم فى ١٩٦٠/١/١١ وبعد ثبوت الحق فى التمسك بالتقادم أنه مع مع إقرارها الضمنى بعـدم سداد الأجرة وعدت بالوفاء بها لدى تقديم مستندات التمليك ، ومـن الكتاب المرسل إلى المطعون عليه الأول بتـاريخ ١٩٦٢/١١/٢٦ المتضمن طلب إدارة الشئون القانونية موافاتها بمذكرة مبـين بهـا تاريخ تسنيم المبنى واسم المؤجر وقدر المبالغ المعـلاة كأمانـات

وتواريخ الطلبات المقدمة لصرفها حتى يمكن إنهاء موضوع الأجرة المستحقة المتأخرة ورفعها- استخلص من هذين الكتابين غير المجحودين إرادة الطاعنين الثابتة والمؤكدة فى النزول عن التقادم فإن هذا الاستخلاص الموضوعى سائغ وله مأخذه من الأوراق .

(طعن رقم ٩٦ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

٥- " مؤدى نص المادة ٣٨٨ من القانون المدنى- وعلى ما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه لايجوز قانونا النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، ولا يثبت هذا الحق إلا باكتمال مدة التقادم ، والنزول عن التقادم هو عمل قانونى يتم بإرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ولايخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به ، ومتى صدر هذا التنازل كان باتا لايجوز الرجوع فيه ومن وقت صدوره يبدأ تقادم جديد تكون مدته مماثلة لمدة التقادم الأصلى ".

(طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤)

٦- " لئن كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أن النص فى المادة ٣٨٨ من القانون المدنى على أنه لايجوز النزول عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه .. وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه " يدل على أن النزول عن التقادم بسائر أنواعه عمل قانونى من

جانب واحد يتم بمجرد إرادة المتنازل وحدها بعد ثبوت الحق فيه ، وأن النزول عن التقادم لا يخضع لأى شرط شكلى فكما يقع صراحة بأى تعبير عن الإرادة يفيد معناه ، فإنه يجوز أن يكون ضمنا يستخلص من واقع الدعوى ومن كافة الظروف والملابسات المحيطة التى تظهر منها هذه الإرادة بوضوح لا غموض فيه إلا أن الإرادة الضمنية لا تستخلص إلا بعد واقع لايدل إلا عليها ولايحتمل إلا انصراف النية إلى التعبير عنها ضمنا أما إذا كان هذا الواقع يدل على أكثر من احتمال فلا يمكنه استخلاص الإرادة الضمنية منه لأنه ترجيح لأحد الاحتمالاتعلى الآخر بغير مرجح ، ولما كان رفع الدعوى بطلب الملكية بسبب الميراث باعتباره الأيسر سبيلا فى كيفية إثباتها لايمكن اعتباره بذاته دالا على توافر الإرادة الضمنية على التنازل عن التمسك بأى سبب آخر لكسبها ومنها اكتسابها بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية " .

(طعن رقم ١٤٧٧ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٣٠)

٧- " إن هذا النزول (النزول عن الحق فى التقادم المكسب) لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ولا يستفاد بذاته من تصرف يحمل شبهة الخضوع لذى شوكة أو صدر ممن أراد أن يدرأ عن نفسه أو ذويه خطر الطرد من أرض حازها وأسلافه مدة تزيد على خمسين عاما دون منازعة من أحد " .

(طعن رقم ٧٠٤٤ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦)

٣٥١- هل يعد عدم تمسك المدين بالتقادم تنازلا ضمنيا ؟

يجوز اعتبار عدم التمسك بالتقادم نزولا ضمنيا عنه وفقا للظروف ، ويشترط لذلك أن يكون استخلاص النزول الضمنى مستمدا من دلالة واقعية نافية لمشيئة التمسك به .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إنه وإن كان من الجائز حمل عدم التمسك بالتقادم محمل النزول الضمنى عنه وفقا للظروف ، إلا أنه يشترط لصحة ذلك أن يكون الاستخلاص مستمدا من دلالة واقعية ، نافية لمشيئة التمسك به وإذ كان استخلاص النزول الضمنى عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه مما يستقل به قاضى الموضوع دون معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض مادام استخلاصه سائغا ، فإن ما يثيره الطاعن فى هذا الخصوص لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض ، ويكون النعى على الحكم بهذا السبب على غير أساس " .

(طعن رقم ٩٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٧)

٣٥٢- يجب أن يكون التنازل الضمنى لاحقا للوقت الذى اكتسب فيه التقادم :

الوقائع أو الأعمال التى يستدل منها على التنازل الضمنى عن التقادم لا يمكن أن تكون إلا وقائع لاحقه للوقت الذى اكتسب فيه

التقادم. أما الوقائع السابقة فلا يمكن أن تكون إلا تنازلا عن التقادم أثناء سريانه ، أى اعترافا بالحق المهدد بالتقادم [١].

٣٥٣ـ التحفظات التى تصحب التنازل عن التقادم :

قد تقرن الأفعال التى يستدل منها على التنازل ببعض التحفظات ، وفى هذه الحالة يتعين على القاضى أن يمحص هذه التحفظات ، فإن استبان له أنها من قبيل التحفظات المألوفة التى ترد عادة فى المذكرات والأوراق التى يتبادلها الخصوم كما لو ذكر فى محضر العرض الصادر من المدين بأنه يؤدى قيمة الفوائد رغم اعتقاده بعدم وجوبها ، أو أنه يؤدى قيمة الدين مؤقتا حتى يستطيع إثبات براءة ذمته منه ، فمثل هذه التحفظات لايعول عليها ، لأنها لا تنفى نية النزول عن التقادم .

وكذلك يعتبر من أوفى بالدين نازلا عن التقادم حتى ولو كان الوفاء مقرونا بتحفظات ، إذ ليس لهذه التحفظات أى تأثير لأنها تتعارض مع واقعة الوفاء .

أما إذا كانت التحفظات ذات معنى يتعارض مع قصد النزول ، كأن يقرر المدين فى محضر العرض أنه يعرض الوفاء على سبيل التضحية ، أو كى يتفادى رفع دعوى ضده ، جاز للمدين التمسك بالتقادم إذارفض الدائن هذا العرض، إذ لا يستطيع الدائن الاحتجاج بأن عرض الدين يعتبر بمثابة نزول ضمنى عن التقادم ، لأن

---

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥ – المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨١ .

العرض هنا لم يكن على سبيل الوفاء ، وإنما كان على سبيل التضحية ليتفادى إجراءات التقاضى .

ومن أمثلة ذلك أن يقرر المدين بأنه سيدفع الدين إذا قدم الدائن ما يدل على صحة ادعائه ، أو أنه يظهر استعداده لدفع المستحق عليه قانونا بعد عمل الحساب ، فهنا أيضا يجب القول بانتفاء نية النزول، لأن المدين لم يعترف صراحة أو ضمنا بأى حق للدائن(١) .

وطلب ندب خبير بصفة احتياطية لا يعد إقرارا ضمنيا بالحق ويدل بمجرده على نفى مشيئة الخصم فى التمسك بالتقادم .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" طلب ندب خبير بصفة احتياطية لايعد إقرارا ضمنيا بالحق بالمعنى الذى يتطلبه القانون ولايدل بمفرده على نفى مشيئة الخصم فى التمسك بالتقادم " .

(طعن رقم ١٢٣ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٢٦)

٣٥٤ـ عدم جواز الرجوع عن التنازل :

متى تم النزول عن التقادم فإنه يصبح باتا وينتج أثره دون حاجة إلى قبول الدائن ، ومن ثم لايجوز الرجوع عنه ، إلا إذا كان قد صدر تحت تأثير الإكراه أو التدليس فيجوز إبطاله (٢).

(راجع نقض طعن رقم ٦٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٤ المنشور ببند ٣٥٠) .

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٨٣ ومابعدها .
(٢) محمد كامل مرسى ص ٥١ – المستشار على أحمد حسن ص ١٢١ .

٣٥٥ـ عدم جواز الاتفاق على إطالة أو تقصير مدة التقادم :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه : " لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون " .

فقد جعل النص مدة التقادم من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها ، فإذا حصل الإتفاق على إطالتها أو تقصيرها كان الاتفاق باطلا ، وتطبق المدة كما وردت بالقانون[1]. لأن الاتفاق على إطالة مدة التقادم بأن يكون خمسين أو مائة سنة مثلا يكون بمثابة النزول عن التقادم مقدما من الناحية العملية ، كما أن الاتفاق على مدة قصيرة لا يؤمن فيه الاعتساف .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" نهج المشروع نهج المشروع الفرنسى الإيطالى فحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة فى القانون . ويفرق البعض بين الاتفاقات الخاصة بمد المدة والاتفاقات الخاصة بقصرها ، ويلحقون البطلان بالأولى دون الثانية بيد أنه لم ير وجه للأخذ بهذه التفرقة لأن إقرار صحة الاتفاق على قصر المدة لا يؤمن معه الاعتساف ولاسيما فى عقود التأمين .

وقد اتفق واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى فيما بينهم " على إقرار قاعدة حظر تعديل المدد المقررة فى القانون على المتعاقدين إطلاقا ، لأن حكم التقادم يتعلق بالنظام العام ، ولا ينبغى أن يترك

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٣ – المستشار على أحمد حسن ص ١١٢ .

تطبيقه لمشيئة الأفراد " (المذكرة الإيضاحية ص ٦١) . فلا يجوز إذن قصر مدة التقادم أو إطالتها ، أو التنازل عن أى تقادم قبل ثبوت الحق فيه "[١].

غير أن مدة التقادم قد تطول بسبب غير الاتفاق ، كما إذا وقف سريان التقادم ، إذ تطول مدة التقادم بمقدار المدة التى وقف فيها عن السريان .

وكما إذا انقطعت مدة التقادم ، إذ تطول مدة التقادم بمقدار المدة التى انقطع فى آخرها وبمقدار المدة التى يبقى فيها سبب الانقطاع نافذ الأثر [٢].

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ تقضى المادة ١/٣٨٨ من القانون المدنى بأنه لايجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون ، فإنه لايجوز أن يترك تحديد مدة التقادم لمشيئة الأفراد ، ويحظر كل تعديل اتفاقى فى مدة التقادم المقررة بالقانون " .

(طعن رقم ٥٢٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٣)

٣٥٦- أثر النزول عن التقادم :

التنازل عن التقادم يبقى الحق كما كان من قبل ، دون أن يغير منه شيئا . وعلى ذلك ففى الحالة التى ينتج فيها التنازل عن فعل

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٥ .
(٢) المستشار محمد عبدا للطيف ص ٧٩ .

غير الوفاء الكلى للدين ، يبدأ تقادم جديد فى السريان ، هو فى طبيعته ومدته كالتقادم السابق الذى وقع التنازل عنه . بيد أنه إذا تم التنازل عن التقادم أثناء سير الدعوى ، وصدر الحكم بالدين فإن التقادم الذى يسرى بعد الحكم هو دائما التقادم العادى أى الذى مدته خمس عشرة سنة .

وقد يتم التنازل عن التقادم فى شكل عقد يتفق فيه الطرفان على تجديد الدين ، وفى هذه الحالة ينقضى الدين القديم بكل خصائصه. ويحل الدين الجديد محله[١] .

٣٥٧- آثار التنازل عن التقادم نسبية :

التنازل عن التقادم هو عمل قانونى من جانب واحد ، ويترتب على هذا أنه لا يحدث إلا أثرا نسبيا فلا يتقيد به إلا من صدر منه فلا ينفذ فى حق من عداه من ذوى المصلحة الذين لم يعلنوا رغبتهم فى عدم التمسك بالتقادم . وتبعا لذلك إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى كل من المدينين المتضامنين ونزل أحدهم عن التقادم ، فإن هذا النزول لايسرى فى حق سائر المدينين بمعنى أن يكون لكل منهم مع ذلك أن يتمسك بالتقادم .

ويترتب على ذلك أنه إذا وفى المدين الذى نزل عن التقادم فلا يجوز له أن يرجع على سائر المدينين الذين برئت ذمتهم بسبب التقادم .

---

(١) المستشار على أحمد حسن ص ١٢١ .

والتنازل عن التقادم يشبه الاعتراف القاطع لمدة التقادم من حيث الاعتراف ، فالاعتراف حجة قاصرة على المقر فلا يحاج به أحد سواه .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا دفع المدعى عليه دعوى تثبيت الملكية بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد خمس سنوات بسبب صحيح وبحسن نية ، وقضت المحكمة للمدعى بتثبيت الملكية بناء على ما استخلصته من اعتراف المدعى عليه بعد تكامل مدة التقادم فى أوراق صادرة منه بملكية المدعى ، فقيام الحكم على هذا الاعتراف يغنيه عن الرد على الدفع بالتقادم ، إذ هذا الاعتراف هو بمثابة التنازل عن الحق فى التملك بالتقادم ، ومثل هذا التنازل ينتج أثره سواء أكان التقادم طويلا أم كان قصيرا ، وفقا للمادة ٨٠ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٦١ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٦٤٦/٤/١١)

٣٥٨ـ عدم نفاذ النزول فى حق الدائنين :

تنص الفقرة الثانية من المادة فى عجزها على أن : " على أن هذا النزول لا ينفذ فى حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم ".

وبمقتضى هذا النص يجوز لدائنى المدين أن يطعنوا فى نزوله عن التقادم بعد ثبوت حقه فيه بطريق الدعوى البوليصية . وهى دعوى عدم نفاذ التصرف . ولولا النص لما جاز هذا الطعن للدائنين . فقد خرج القانون هنا على قواعد الدعوى البوليصية كما

خرج على قواعد الدعوى غير المباشرة حينما خول للدائنين التمسك بالتقادم نيابة عن مدينهم . ذلك أن القاعدة فى الدعوى البوليصية أن التصرف الذى يجوز الطعن فيه هو التصرف المفقر ، أى التصرف الذى ينقص من حقوق المدين أو يزيد فى التزاماته (م ٢٣٧ مدنى). والنزول عن التقادم ليس تصرفا مفقرا بهذا المعنى ، لأنه لا ينقص حقا ثبت فى ذمة المدين حيث لا يكسب المدين الحق إلا إذا تمسك بالتقادم ، وإنما هو يحول دون زيادة حقوق المدين ، فهو يعنى أن المدين يمتنع عن زيادة حقوقه ، أى يرفض الاغتناء .

على أن هذه هى المسألة الوحيدة التى خرج فيها القانون على قواعد الدعوى البوليصية فى هذا الخصوص . فالشروط الأخرى لهذه الدعوى يجب أن تتوافر حتى يجوز للدائنين الطعن فى النزول الصادر من المدين . ومن ثم يجب لجواز هذا الطعن أن يكون نزول المدين سببا فى إعساره أو زيادة إعساره (م٢٣٧ مدنى). وإذا كان النزول فى مقام عمل من أعمال التصرف ، فإنه يجب كذلك أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون صاحب الحق الذى صدر النزول لمصلحته على علم بهذا الغش . ويكفى فى ذلك أن يكون النزول قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، وأن يكون صاحب الحق على علم بهذا الإعسار (م١/٢٣٨ مدنى) .

فإذا نجح الدائنون فى هذا الطعن أمكنهم بعد ذلك أن يتمسكوا بالتقادم نيابة عن المدين طبقا لحكم المادة ١/٣٨٧ مدنى .

٣٥٩- أهلية النزول عن التقادم :

تنص الفقرة الثانية من المادة على أن : " وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف فى حقوقه أن ينزل ولو ضمنا عن التقادم ... الخ" . غير أنه ورد بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... ويعتبر التنازل بمنزلة التبرع وإن لم تنطو فيه حقيقة الإفقار . ويتفرع على ذلك وجوب توافر أهلية التبرع فيمن يصدر منه التنازل ... الخ "[١].

وبذلك يكون قد وقع تعارض بين النص ومذكرته الإيضاحية ، فبينما تشترط المادة أهلية التصرف للتنازل عن التقادم ، إذ بالمذكرة الإيضاحية تشترط أهلية التبرع . وإذ تعارض النص الصريح مع المذكرة الإيضاحية ، فإنه يجب الأخذ بالنص الصريح .

ولذا فإن الأهلية اللازمة للتنازل عن التقادم هى أهلية التصرف. وتثبت أهلية التصرف لكل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه . وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (مادة ٤٤ مدنى) .

ويترتب على ذلك أن الصغير والمحجور عليه لا يستطيع أحدهما النزول عن حقه فى التمسك بالتقادم. ولا يستطيع الوصى أو القيم النزول عن حق الصغير أو المحجور عليه فى التمسك بالتقادم المكسب من غير إذن المحكمة .

وقد أخذ المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بالولاية على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٣ ص ٣٤٥ .

المال بما تقدم فنص فى المادة ١٣/٣٩ منه على أن للوصى سلطة التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام وذلك بعد الحصول على إذن من المحكمة .

وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون بأنه " يقصد بالحقوق فى تطبيق هذا النص معناها الأعم فيدخل فيها الشفعة وحق الطعن فى الأحكام والتمسك بالتقادم أو بضرورة الإثبات بالكتابة ".

ويتعين على الوصى أو القيم الحصول على إذن من الجهة المختصة فى حالة النزول الضمنى عن التقادم ، إذ من واجبه أن يطلع هذه الجهة بأوجه الدفاع التى تفيد معنى التنازل الصريح أو الضمنى حتى تحاط علما بذلك ، ولها أن تقره أو لاتقره على خطته فى الدفاع [(١)].

ولايجوز للوكيل العام التنازل عن التقادم الذى تم لمصلحة موكله إلا بتفويض خاص من الموكل ، لأن الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخول للوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، وعلى ذلك فلا يجوز له أن يباشر باسم موكله أى عمل من أعمال التصرف إلا إذا كان مأذونا له بذلك بتوكيل خاص [(٢)].

---

(١) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٩٢ ومابعدها .
(٢) المستشار محمد عبد اللطيف ص ٩٣ – الدكتور محمد كامل مرسى ص ٥٢ ومابعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذ كان مقتضى نص المادة ٢/٣٨٨ من القانون المدنى أنه لايجوز التنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه إلا من شخص يملك التصرف فى حقوقه ، وكان الحكم المطعون فيه لم يواجه دفاع الطاعنين بمذكرتهم المقدمة لمحكمة الاستئناف من أن الطاعنة الأولى بصفتها وصية على القصر منهم لا تستطيع النزول عن حقوقهم فى التمسك بالتقادم إلا بإذن محكمة الأحوال الشخصية وهو دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، إذ كان ما سلف فإن الحكم يكون معيبا بالقصور ".

(طعن رقم ٢٦١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

(الباب السادس)
(إثبـــات الالتــزام)

(ألغيت المـــواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧
بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨
بإصـــدار قانــــون الإثبـــات
فى المواد المدنيـــة والتجاريـــة)


محتويـات الكتاب

تم بحمد الله

